

KATHOLIEKE UNIVERSITEIT TE LEUVEN
Faculteit der Rechtsgeleerdheid

**PREVENTIEVE RECHTSBESCHERMING
BIJ DE BESTUURLIJKE BESLUITVORMING**

DEEL I

Proefschrift aangeboden tot het
bekomen van de wetenschappelijke
graad van doctor in de rechtsgeleerd-
heid

door

Marc BOES

Doctor in de rechten

Licentiaat in het notariaat

Fulbright Research Fellow

Assistent aan de Katholieke Universiteit
te Leuven

INHOUDSOPGAVE

Inleiding	n° 1 - 3
Hoofdstuk I. - DE ADMINISTRATIE, DE LEER VAN DE SCHEIDING DER MACHTEN EN DE CURATIEVE RECHTSBESCHERMING IN BELGIE. BEKNOPT OVERZICHT	
§ 1. De administratie. Begrip	n° 4
§ 2. De leer van de scheiding der machten. Montesquieu	n° 5 - 6
§ 3. De Belgische grondwetsartikels 92, 93, 106 en 107	n° 7
§ 4. Het arrest van het Hof van Cassatie van 25 juni 1840 en de reactie van Le Jeune	n° 8 - 10
§ 5. Definities van burgerlijke en politieke rechten	n° 11 - 25
§ 6. De koppeling van de artikels 92, 93 en 107 van de Grondwet. Artikel 107 vervangt artikel 106	n° 26 - 29
§ 7. Aard van de controle van artikel 107 van de Grondwet	n° 30 - 34
§ 8. De rechterlijke macht en artikel 107 van de Grondwet	n° 35 - 37
§ 9. Het toezicht van de rechter bij onteigeningen	n° 38 - 40
§ 10. Voorstel van schema van legaliteitscontrole	n° 41 - 42
§ 11. De Raad van State als beschermer van de rechts- onderhorigen	n° 43 - 46
§ 12. De bevoegdheidsafbakening tussen het Hof van Cassatie en de Raad van State	n° 47 - 51
§ 13. De gelding van de arresten van de Raad van State. Tegenstrijdigheden tussen de rechtspraak van het Hof van Cassatie en de Raad van State	n° 52 - 55
§ 14. Afwezigheid van rechtsbescherming	n° 56
§ 15. Het parlement en de scheiding der machten	n° 57 - 58
§ 16. De rechtsbescherming a posteriori. Korte evaluatie	n° 59 - 63

Hoofdstuk II. - OPENHEID, OPENBAARHEID EN RECHT OP INFORMATIE

§ 1. Inleiding

- | | |
|--|------------|
| 1. Begripsomschrijving | n° 64 - 67 |
| 2. Functies en grenzen van recht op en plicht tot openbaarheid | n° 68 - 75 |
| 3. Openbaarheid en discretionnaire bevoegdheid | n° 76 - 79 |
| 4. Openbaarheid en pseudo-wetgeving | n° 80 - 84 |
| 5. Het "Brood" arrest | n° 85 - 89 |

§ 2. De plicht tot openbaarheid

- | | |
|--|--------------|
| 1. Voorafgaande opmerking | n° 90 |
| 2. Teksten met reglementaire draagwijdte | |
| a. Publicatie van de beslissingen van politieke organen | n° 92 - 94 |
| b. Openbaarheid van het besluitvormingsproces in de politieke organen | n° 95 |
| c. Recht op informatie m.b.t. de besluiten van politieke organen | n° 96 - 97 |
| d. Onteigeningen en aanverwante materies | n° 98 - 99 |
| e. Ambtenaren | n° 100 - 104 |
| f. Hinderlijke, ongezonde en gevaarlijke bedrijven | n° 105 - 106 |
| g. Krotwoningen | n° 107 |
| h. Bepalingen uit het burgerlijk wetboek en aanverwante wetten | n° 108 |
| i. Fiskale bepalingen | n° 109 |
| j. Polders en wateringen | n° 110 |
| k. Kieswetboeken | n° 111 |
| l. Overeenkomsten voor rekening van de Staat | n° 112 |
| m. Monumenten en Landschappen | n° 113 |
| n. Dienstplichtwetten | n° 114 |
| o. Diverse bepalingen | n° 115 |
| 3. De openbaarheid in de wetgeving op de ruimtelijke ordening en stedenbouw | |
| a. Plaats en wordingsgeschiedenis van de openbaarheid in de wetten van 29 maart 1962 en 22 december 1970 | n° 116 - 124 |

b. De toepassing van het openbaarheidsbeginsel in de wetgeving op de ruimtelijke ordening en de stedenbouw	n° 125 - 144
c. Evaluatie van de openbaarheid in de wetge- ving op de ruimtelijke ordening en de stedenbouw	n° 145 - 150
§ 3. De middelen tot en modaliteiten van openbaarheid	
1. De middelen tot openbaarheid	n° 151 - 154
2. De modaliteiten van openbaarheid	
a. Soms richt de publiciteit zich tot iedereen	n° 155
b. In andere gevallen bestaat het recht op openbaarheid alleen voor bekleders van bepaalde functies	n° 156 - 158
c. Informatie die aan beperkte categorieën van personen of groepen toekomt	n° 159
§ 4. De administratie en de openbaarheid	
1. Het bestuur van de openbare veiligheid	n° 161
2. Centrale Dienst voor Contingenten en Vergunningen	n° 162
3. Regie der Posterijen	n° 163
4. Nationale Maatschappij voor Krediet aan de Nijverheid en Nationale Investeringsmaatschappij	n° 164
5. Commissie voor het ijken en waarborgen van edele metalen	n° 165
6. Belgisch Instituut voor Normalisatie	n° 166
7. Ministerie van Volksgezondheid en het Gezin	n° 167
8. De Nationale Delcrederedienst	n° 168
9. De Belgische Dienst voor Bedrijfsleven en Landbouw	n° 169
10. De Filmcommissie	n° 170
11. Ministerie van Openbare Werken	n° 171
12. Ministerie van Tewerkstelling en Arbeid	n° 172
13. Ministerie van Justitie	n° 173
14. Ministerie van Economische Zaken	n° 174
15. Ministerie van Financiën	n° 175

§ 5. Beknopt overzicht van de situatie in enige andere landen

- | | |
|------------------------------------|--------------|
| 1. Zweden | n° 176 |
| 2. De Verenigde Staten van Amerika | n° 177 - 184 |
| 3. Nederland | n° 185 - 188 |

§ 6. Conclusies

- | | |
|--|--------------|
| 1. Het openbaarheidsbeginsel en de Grondwet | n° 189 - 194 |
| 2. Het openbaarheidsbeginsel in de rechtspraak | n° 195 - 205 |
| 3. De bezwaren tegen de openbaarheid | n° 206 - 216 |
| 4. Openbaarheid wanneer? | n° 217 |

Hoofdstuk III. - DE BOUWSTENEN VAN DE PREVENTIEVE RECHTS-BESCHERMING. DE ALGEMENE BEGINSELEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR.

- | | |
|---|--------------|
| § 1. Inleiding | n° 218 - 219 |
| § 2. De begrippen "algemene beginselen van behoorlijk bestuur" en "algemene rechtsbeginselen" | |
| A. Definities | n° 220 - 224 |
| B. Aard van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en hun plaats in de normenhiërarchie | |
| 1. De algemene beginselen zijn rechtsbeginselen | n° 225 - 226 |
| 2. De beginselen zijn in wezen niet schriftelijk. Enige bezwaren daarvan | n° 227 - 233 |
| 3. De verhouding tot andere rechtsnormen | |
| a. De algemene beginselen en de Grondwet | n° 234 - 235 |
| b. De algemene beginselen en de wet in formele zin | n° 236 - 244 |
| c. De algemene beginselen en de algemene provinciale en plaatselijke verordeningen en besluiten | n° 245 - 246 |
| 4. De algemene beginselen en het onderscheid tussen betwiste en niet-betwiste zaken | n° 247 - 250 |
| C. Indeling en rangschikking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur | n° 251 - 260 |
| D. De bezwaren tegen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur | n° 261 - 263 |

§ 3. Het motiveringsbeginsel	
A. Definitie	n° 264 - 267
B. De formele motivering	
1. Toepassingsgebied	n° 168 - 269
2. Omvang	
a. De formele motiveringsplicht van administratieve rechtscolleges	n° 271
b. De formele motiveringsplicht voor het actief bestuur	n° 272 - 277
C. De reële of materiële motivering	
1. Toepassingsgebied	n° 278 - 279
2. Elementen en omvang van de motivering	
a. De feitelijke motivering	n° 281 - 283
b. De juridische motivering	n° 284
c. De band tussen feitelijke en juridische motivering	n° 285
d. Omvang van de motiveringsplicht	n° 286
D. Motivering als element van preventieve rechtsbescherming	
1. De bezwaren tegen het motiveringsbeginsel	n° 288
2. De gebreken van het motiveringsbeginsel, zoals het thans wordt toegepast, als element van preventieve rechtsbescherming	n° 289 - 295
§ 4. Het zorgvuldigheidsbeginsel	
A. Definitie	n° 296 - 299
B. Het zorgvuldigheidsbeginsel en de burgerlijke rechter	n° 300 - 301
C. Het zorgvuldigheidsbeginsel en de Raad van State	n° 302 - 304
D. Is er ruimte voor een eigen zorgvuldigheidsnorm in de administratieve rechtspraak?	n° 305 - 306
§ 5. Het gelijkheidsbeginsel en het beginsel "patere legem quam ipse fecisti"	
A. Definitie en grondslag	n° 307 - 311
B. De inhoud van het gelijkheidsbeginsel	
1. Het gelijkheidsbeginsel en de burgerlijke rechter	n° 312 - 313

2. Het gelijkheidsbeginsel en de Raad van State	n° 314 - 320
3. Het gelijkheidsbeginsel en het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens	n° 321 - 322
C. De inhoud van het beginsel "patere legem quam ipse fecisti"	n° 323
D. De betekenis van het gelijkheidsbeginsel en het beginsel "patere legem quam ipse fecisti" voor de preventieve rechtsbescherming	n° 324
§ 6. De rechtszekerheid of de beginselen in verband met de honorering van het gewekte vertrouwen	
A. Definitie en grondslag	n° 325 - 326
B. Toepassingen van het rechtszekerheidsbeginsel	n° 327
C. Beginselen i.v.m. intrekking, opheffing en wijziging van administratieve handelingen	
1. Intrekking	n° 329
2. Opheffing en wijziging	n° 330 - 332
D. De preventieve rol van het rechtszekerheids- beginsel	n° 333
§ 7. De beginselen van de rechten van de verdediging, of de beginselen met betrekking tot de procedure voorafgaand aan de administratieve besluitvorming	
A. Definitie en grondslag	n° 334 - 336
B. Het beginsel "audi et alteram partem"	n° 337 - 338
C. Samenstelling van de overheidsorganen	n° 339
D. Het beginsel van de onpartijdigheid	n° 340
E. Beperkingen van de procedurerechten	n° 341
F. Evaluatie van de procedurerechten	n° 342 - 343
§ 8. Marginale toetsing	n° 344 - 347
§ 9. Besluit van Hoofdstuk III	
A. Ontwikkeling van het verschijnsel "algemene beginselen van behoorlijk bestuur"	n° 348
B. Bezwaren tegen en tekorten van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur	n° 349 - 351
C. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de preventieve rechtsbescherming	n° 352

ALGEMEEN BESLUIT

§ 1. Formele en materiële preventieve rechtsbescherming	n° 353 - 361
§ 2. Elementen van formele preventieve rechtsbescherming	
A. Het kortgeding	n° 362 - 366
B. Schorsing van tenuitvoerlegging	n° 367
C. Het rechterlijk bevel	n° 368 - 369
D. De ombudsman	n° 370
§ 3. De materiële preventieve rechtsbescherming, grondslag en voorwaarde van de formele preventieve rechtsbescherming	
A. De grenzen van de curatieve en van de formele preventieve rechtsbescherming	n° 371 - 375
B. Openbaarheid als voorwaarde voor een preventieve rechtsbescherming	n° 376 - 381
C. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur, grondslag van de preventieve rechtsbescherming	n° 382 - 387
§ 4. Proeve van oplossing	n° 388 - 392

BIJLAGEN

- Bijlage 1: Statistieken over de duur van de procedure voor de Raad van State (arresten uitgesproken in 1971)
- Bijlage 2: Voorstel van Wet Algemene Bepalingen van Administratief Recht (Rapport van een Commissie uit de Vereniging voor Administratief Recht, Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht LXXII, Groningen, H.D. Tjeenk Willink, 1974).

LIJST DER AFKORTINGEN

LIJST DER GERAADPLEEGDE WERKEN EN ARTIKELS

INLEIDING

1. De vaststelling van Isaac dat in Frankrijk de preventieve rechtsbescherming niet tot ontwikkeling is kunnen komen door het quasi-monopolie van de jurisdictionele rechtsbescherming (1) kan ook voor België onderschreven worden. Is er evenwel behoefte aan preventieve rechtsbescherming ? Volstaan de huidige vormen van curatieve rechtsbescherming, inzonderheid de bescherming door de rechter, dan niet ? Is juist de rechterlijke macht niet bij uitstek geroepen om de rechtsonderhorige in bescherming te nemen tegen de uitvoerende macht, tegen de administratie (artikels 92, 93, 106 en 107 van de Grondwet) ?

Een studie over preventieve rechtsbescherming, d.i. rechtsbescherming voordat het administratieve besluitvormingsproces voltooid is, moet dan ook haast noodzakelijkerwijze beginnen met onderzoek naar de bestaande vormen van curatieve rechtsbescherming, met een evaluatie van hun voordelen en tekortkomingen. En dan blijkt dat er ondanks onmiskenbare voordelen, er toch nog al wat tekortkomingen zijn. Van de jurisdictionele rechtsbescherming schrijft professor Flamme dat zij is "toujours tardive, souvent insuffisante et inefficace" (2), en professor Buch waarschuwt : (G)een enkele rechtsmacht - noch de gewone rechtbanken, noch de administratieve rechtbanken - zou de systematische schending van de wet door de uitvoerende macht kunnen goedmaken"(3). Daaraan kan men nog toevoegen : tijdrovende, soms ingewikkelde en dure procedure, bevoegdheidsconflicten, tegenstrijdige uitspraken van het Hof van Cassatie en de Raad van State, soms zelfs afwezigheid van rechtsbescherming.

Ook het parlement, andere mogelijke rechtsbeschermende instantie, schiet tekort : parlementaire vragen geven alleen wat meer informatie over een facet van het beleid of bestuur, parlementaire onderzoekscommissies zijn

(1) ISAAC G., *La procédure administrative non contentieuse*, Paris, LGDJ, 1968, p. 18 e.v.

(2) FLAMME M.A., *Vers la codification de la procédure administrative*, *Rev. adm.*, p. 221.

(3) BUCH H., *De administratieve procedure in België*, *TBP*, 1970, p. 3.

weinig doeltreffend (1), en tenslotte blijkt dat "op het parlementaire vlak de aanspraken op individueel rechtsherstel moeten wijken voor overwegingen van algemeen politieke aard" (2).

Voegt men daaraan toe dat de betrekkingen tussen bestuur en burger en frekwenter en meer ingrijpend (3) worden, dan zijn er redenen te over om enige aandacht te besteden aan de preventieve rechtsbescherming.

2. Op de weg van de preventieve rechtsbescherming ligt echter een zware hindernis : de beslotenheid van het administratieve besluitvormingsproces. Immers, hoe kan er sprake zijn van een deugdelijk systeem van voorafgaande rechtsbescherming wanneer de rechtsonderhorige nauwelijks of geen kijk heeft op het wordingsproces van een hem betreffende bestuurshandeling ?

Het onderwerp lijkt interessant genoeg om er een hoofdstuk aan te wijden. Er wordt een inventaris opgemaakt van wetten en reglementen waarin openbaarheid aan bod komt. Hierbij wordt uitgegaan van een kleine enquête naar de houding in de praktijk van sommige bestuurseenheden tegenover openbaarheid. In de wetgeving op de ruimtelijke ordening en de stedebouw werd bewust naar openbaarheid gestreefd, en daarom wordt aan deze wetgeving nadere aandacht besteed.

Op het punt van de openbaarheid kan er veel geleerd worden van sommige andere landen, zoals Zweden, de Verenigde Staten, Nederland, ook wat betreft de uitzonderingen die op het openbaarheidsbeginsel gemaakt moeten worden.

Ondanks het gebrek aan openbaarheid waaraan het Belgische bestuursrecht mank gaat, zijn er toch al elementen van preventieve rechtsbescherming, een nog vrij informele kern, die echter in belang en omvang toeneemt en langzaam gestructureerd wordt : de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

(1) SUETENS L.P., Burger en bestuur, *Bestuurswetenschappen*, 1972, p. 173-175.

(2) DELVA J., Het rechtstreeks bestrijden van de overheidsdaden voor de burgerlijke rechter, *TPR*, 1967, p. 383.

(3) SUETENS L.P., *art. cit.*, p. 172.

Deze algemene beginselen, ongeschreven, per definitie voor meervoudige toepassingswijzen vatbaar, nog onduidelijk gesitueerd in de normenhiërarchie, zijn toch reeds uitgegroeid tot bakens die aan de burgers bescherming verlenen bij het bestuurlijk besluitvormingsproces. In het derde hoofdstuk worden deze algemene beginselen benaderd vanuit de optiek van de preventieve rechtsbescherming.

In het algemeen besluit wordt even uitgeweid over enige wijzen waarop de curatieve rechtsbescherming doeltreffender gemaakt kon worden ; hierna volgen enige suggesties voor een beter functionerende rechtsbescherming, meer bepaald preventieve rechtsbescherming.

3. Bij deze studie werd uitgegaan van de situatie van de enkeling in de samenleving, niet omdat de rechtsbescherming van al dan niet georganiseerde groepen niet belangrijk of interessant zou zijn, maar wel omdat de positie van deze groepen bij de besluitvorming die hen aanbelangt anders ligt dan de positie van de enkeling ; doorgaans beschikken zij over politieke, sociale, economische of andere middelen om hun stem te laten horen bij die besluitvorming. Dit belet evenwel niet dat wat in deze studie geschreven is, mede voor hen geldt.

In deze studie-dit is een tweede beperking -,werd geen systematische rechtsvergelijking toegepast. Het publiek recht, en zeker het administratief recht, is zodanig gebonden aan de grenzen van het staatsbestel, dat systematische rechtsvergelijking dikwijls nutteloos en soms gevaarlijk is. Dit neemt niet weg dat voor bepaalde materies veel lering getrokken kan worden uit buitenlandse voorbeelden, en daarom werd op een aantal plaatsen over de landsgrenzen heen gekeken.

Er rest mij de aangename plicht allen te danken die op een of andere wijze het hunne hebben bijgedragen tot de verwezenlijking van dit proefschrift.

Met name zij genoemd mijn echtgenote, haar voorbeeldige steun en aanmoedigingen zijn onontbeerlijk gebleken.

Professor Suetens, die mij vanaf mijn eerste wankel schreden op het pad van het administratief recht begeleid heeft, heeft mij niet alleen op het wetenschappelijke, maar ook op het menselijke vlak, zijn nooit verflauwende steun en belangstelling gegeven.

De leden van de examencommissie dank ik voor hun aandachtige raadgevingen en opmerkingen.

Tenslotte gaat mijn dank naar allen die door hun bedenkingen en sympathie hebben bijgedragen tot de verwezenlijking van dit proefschrift.

HOOFDSTUK I

DE ADMINISTRATIE, DE LEER VAN DE SCHEIDING DER MACHTEN,
EN DE CURATIEVE RECHTSBESCHERMING IN BELGIE

§ 1. DE ADMINISTRATIE - BEGRIP

- 4.- Het bestuur of de administratie kan omschreven worden als het ambtelijk apparaat dat de regering terzijde staat bij de vervulling van haar taak (1). Daarnaast is er ook de provinciale en de gemeentelijke administratie. Buiten deze eigenlijke "administratie" is er ook nog het personeel van de zuivere en gemengde openbare diensten, dat in sommige opzichten, en althans dikwijls in de ogen van het publiek, als behorend tot de administratie beschouwd wordt.

§ 2. DE LEER VAN DE SCHEIDING DER MACHTEN - MONTESQUIEU

- 5.- In het Belgische positief recht ligt de leer van de scheiding der machten, althans in theorie, aan de basis van de staatsinrichting (2).

(1) GIRON, *Droit administratif*, p. 107.

BUTTGENBACH, *Manuel*, 3e ed., p. 505 en 506.

MAST, *Administratief recht*, 5e uitgave, p. 107-108.

(2) In België worden de provincies en gemeenten als "machten" beschouwd, naast de drie op nationaal niveau staande machten : art. 108 van de Grondwet. DE BROUCKERE C. en TIELEMANS F. : *Répertoire de l'administration et du droit administratif de la Belgique*. T. V. V° Compétences p. 186 (Brussel, Weissenbruch, 1838); GIRON A., : *Le droit administratif de la Belgique*, T. I, p. 36 (Brussel, Bruylant, 1885, tweede uitgave) idem, *Dictionnaire de droit administratif et de droit public*, T. III, V° Pouvoirs, p. 94 (Brussel Bruylant, 1896).

Deze leer moge wat betreft de verhouding tussen de wetgevende en de uitvoerende macht al lang geen realiteit meer zijn (1), in de verhouding tussen de uitvoerende en de rechterlijke macht speelt hij nog steeds een rol (2).

Zoals bekend, onderscheidde Montesquieu in de Staat drie machten, die gescheiden moeten zijn en wat betreft hun functies en wat betreft hun personeel. Het doel van een dergelijke staatsinrichting was de vrijwaring van de "liberté politique" (3). Een van de zwakke punten van Montesquieu's leer is het ontbreken van iedere aanduiding omtrent de middelen waarmee ieder van de drie machten teruggedrongen kan worden wanneer zij haar bevoegdheid te buiten gaat. Wat kan de burger, wiens "liberté politique" bedreigd wordt door het eigenmachtig optreden van een van de drie machten, daartegen doen? Het antwoord is dat hij bij een der anderen bescherming moet gaan zoeken. Dat impliceert uiteraard een systeem van wederzijdse controle, van "checks and balances". Dit betekent dat de "machten" niet volledig gescheiden en onafhankelijk zijn. De praktische onbruikbaarheid van een systeem van zuivere scheiding is o.m. door Vile en Carré de Malberg voldoende aangetoond (4).

-
- (1) Zie voor een briljant overzicht en analyse van de leer van de scheiding der machten M.J.C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford University Press, 1969. Hoewel Vile de Belgische situatie niet in zijn werk onderzocht heeft, gelden zijn conclusies in grote mate ook voor ons land.
 - (2) Zie naast het bekende Flandria-arrest van 5 nov. 1920 (*Pas.*, 1920, I, 192), de arresten van het Hof van Cassatie van 11 mei 1933 (*Pas.*, 1933, I, 222), 11 juli 1935 (*Pas.*, 1935, I, 320), 4 maart 1942 (*Arresten*, 1942, 24), 21 dec. 1956 (*Pas.*, 1956, I, 431), 28 mei 1958 (*R.W.*, 1958-1959 kol. 203), 7 maart 1963 (*R.W.*, 1963-1964, 1115) 23 april 1971 (*Arresten*, 1971, 786); Zie ook het arrest van het Hof van Beroep van Brussel van 13 mei 1959. (*R.J.D.A.*, 1962, 75 ; *Rev. Adm.*, 1962, 125).
 - (3) *De l'esprit des lois*, Livre XI, Chap. VI : "La liberté politique dans un citoyen est cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté : et pour qu'on ait cette liberté, il faut que le gouvernement soit tel qu'un citoyen ne puisse pas craindre un autre citoyen".
 - (4) CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris Sirey, 1922, T. II, n° 302-315, p. 109-140 ; VILE, *op. cit.*, p. 13-20 en vooral 136-175.
Zie ook : DUMON, F., De scheiding van staatsmachten, the rule of law and the supremacy of parliament in het grondwettelijk recht van Groot-Brittannië, in : *Liber Amicorum René Victor*, p. 445-472.

.../...

- 6.- In Montesquieu's theorie is er geen eigen plaats voor de administratie. Zij wordt ondergebracht bij de uitvoerende macht en is daar volkomen ondergeschikt aan (1). In theorie is dit nog steeds zo. De ministers dragen nog steeds de politieke verantwoordelijkheid voor het doen en laten van de ambtenaren van hun departementen. De overheid is in rechte gebonden door het optreden van haar ambtenaren, tenminste wanneer zij *qualitate qua* handelen (2).

§ 3. DE BELGISCHE GRONDWETSARTIKELS 92, 93, 106 en 107

7. De Belgische grondwetgevende vergadering opteerde zonder twijfel voor een staatsinrichting gegrond op Montesquieu's leer, ook al wordt de term "scheiding der machten" nergens gebezigd, evenmin als door Montesquieu zelf. Maar geleerd door de ervaringen uit de Franse en Nederlandse periode had men begrepen dat het niet volstond principes te proclameren. Bescherming door de wetgevende macht tegen excessen van de uitvoerende macht - deze was het immers die gewantrouwd moest worden - via het systeem van de ministeriële verantwoordelijkheid en de weigering om de begroting goed te keuren - volstond zeker niet (3); dat hadden het Directoire en de periode van het Nederlandse Koninkrijk voldoende aangetoond. Daarom wendde de grondwetgever zich tot de rechterlijke macht.

.../...

- Overigens moet afstand genomen worden van Dumon's bewering (p. 448): "Montesquieu heeft zijn theorie onbetwistbaar opgevat en uitgewerkt na inzonderheid de Britse politieke en juridische instellingen onderzocht, bestudeerd en geanalyseerd te hebben". Ten tijde van Montesquieu was Engeland veeleer een voorbeeld van "balanced government" (tussen de Kroon, de nobel en de burgerij), dan wel van "separation of powers". De degelijkheid en deugdelijkheid van Montesquieu's beweringen worden wel twijfelachtig als hij schrijft, over het Engelse systeem, steunend op het gezag van Tacitus: "Ce beau système a été trouvé dans les bois".
- (1) "La puissance exécutrice doit être les mains d'un monarque, parce que cette partie du gouvernement, qui a presque toujours besoin d'une action momentanée, est mieux administrée par un que par plusieurs" (*L'esprit des lois*, Livre XI, Chapitre VI.)
 - (2) De vraag is of het niet wenselijk is de administratie naar Zweeds model in te richten. Raadpleeg over het Zweedse systeem: H.H. KIRCHHEINER, *Ombudsman en democratie*, Samsom Uitgeverij, Alphen a/d Rijn, 1971.
 - (3) Reeds de Brouckère en Tielemans hadden dat ingezien. Zie hun "Répertoire", V° Compétence, p. 189 en 190.

Bevoegdheidsconflicten zouden voortaan alleen door het Hof van Cassatie beslecht worden (1). Betwistingen over burgerlijke rechten behoren tot de uitsluitende bevoegdheid van de hoven en rechtbanken (2). Hetzelfde geldt voor de politieke rechten, tenzij een wet het anders bepaalt (3). Algemene, provinciale en plaatselijke ordeningen en besluiten mogen door de hoven en rechtbanken alleen worden toegepast voor zover zij met de wetten overeenstemmen (4). Tenslotte werden er bepalingen opgenomen die de onafhankelijkheid van de rechters moesten waarborgen. (5)

§ 4. *HET ARREST VAN HET HOF VAN CASSATIE VAN 25 JUNI 1840 EN DE REACTIE VAN LE JEUNE*

8. Voorwaar vormt de titel van de grondwet over de rechterlijke macht een stevig geheel. Maar toch zou blijken dat er zwakke punten waren die tot gevolgen zouden leiden die nadelig waren voor de rechtszekerheid en de billijkheid. De grondwetgevers bedoelden vooral pragmatisch te werk te gaan (6). Daardoor ontbreekt het aan nauwkeurige omschrijvingen en de gevolgen daarvan zouden in een zo delikaat gebied als de verhouding tussen de rechterlijke en de uitvoerende macht niet achterwege blijven.

(1) Artikel 106 van de Grondwet. Uiteraard was dit artikel alleen bedoeld voor bevoegdheidsconflicten tussen de uitvoerende en de rechterlijke macht, maar zoals de tekst er staat, kan hij voor gelijk welk bevoegdheidsconflict gelden. Men kan zich afvragen of de wet van 3 juli 1971, in zoverre de oplossing van bevoegdheidsgeschillen tussen parlement en cultuurraden aan het Hof van Cassatie onttrokken wordt, al dan niet in strijd is met artikel 106 van de Grondwet. Zie over het probleem van de verhouding wet-decreet : GANSHOF VAN DER MEERSCH, Beschouwingen over de herziening van de Grondwet. Mercuriale, 1 september 1972, *R.W.*, 1972-73, kol. 433-483.

(2) Grondwet, art. 92.

(3) Grondwet, art. 93.

(4) Grondwet, art. 107.

(5) Grondwet, artikels 99, 100, 102 en 103.

(6) MAST, A., De geest en de methode van een Grondwetsherziening, *T.B.P.*, 1953, p. 77.

Vooreerst werd geen definitie gegeven van wat "burgerlijke" en "politieke" rechten zijn. Toch is dit belangrijk want juist op het onderscheid tussen deze twee soorten rechten steunt de al dan niet uitsluitende bevoegdheid van de rechtbanken.

Maar zelfs het begrip "rechten", d.i. subjectieve rechten, was en is niet duidelijk bepaald (1).

- 9.- Met het probleem van de definitie van het begrip "subjectieve rechten" werd het Hof van Cassatie geconfronteerd, toen het op 25 juni 1840, moest oordelen over de vraag of de rechtbanken bevoegd zijn om te bepalen wie van de partijen op regelmatige wijze tot lid van een kerkfabriek was gekozen. Met andere woorden, wanneer iemand beweert tot lid van de kerkfabriek te zijn gekozen, beroept hij zich dan op een politiek recht ? In zijn conclusies stelde advocaat-generaal Decuyper :
- "Mais ne pardons pas de vue qu'il n'y a de droits individuels, civils ou politiques, que ceux qui résultent des lois et arrêtés portés dans un intérêt individuel, et que les lois qui n'ont pour objet que l'administration de l'Etat, qui ont exclusivement en vue l'intérêt général sans égard a l'intérêt individuel ne peuvent faire naître des droits individuels ou des droits politiques, dont les tribunaux puissent connaître"(2).
- Volgens hem betrof de wetgeving op de kerkfabrieken alleen het algemeen belang en betwistingen dienaangaande behoorden niet tot de bevoegdheid van de rechtbanken. Het Hof sloot zich bij die zienswijze aan (3).

- 10.- Het is tegen deze stelling dat in 1857 Jules Le Jeune zich heftig keert in zijn proefschrift "Du droit des tribunaux de vérifier la légalité des actes administratifs"(4). Voor hem is de bewering dat uit wetten die het algemeen belang aangaan, geen rechten kunnen ontstaan, uit den boze. Het individueel recht, om zijn terminologie te gebruiken, is een "intérêt individuel protégé par un loi"(5). Ten onrechte voegt het Hof

(1) Zie hierover : DABIN J. : *Le droit subjectif*. Parijs, 1952 ; La délimitation du concept de droit subjectif, in : *Annales de Droit et de Sciences Politiques*, 1960, p. 317-374.

(2) *Pas.*, 1839-40, I, 414.

(3) *Pas.*, 1839-40, I, 409.

(4) LE JEUNE J., "Du droit des tribunaux de vérifier la légalité des actes administratifs", Brussel, 1857.

(5) LE JEUNE, *op. cit.*, p. 74.

van Cassatie aan het onderscheid van de artikels 92 en 93 van de Grondwet een ander toe, dat van wetten die het algemeen dan wel het individueel belang aangaan. Op grond van een historische analyse van de begrippen "droits civils et politique", komt hij tot de conclusie dat "les premiers (c.à.d. les droits civils) émanent de l'intérêt purement individuel tandis que les seconds (c.à.d. les droits politiques) sont la mise en oeuvre d'un intérêt collectif dans lequel celui qui les exerce a simplement sa part comme membre de l'association politique"(1), en in het zevende hoofdstuk van zijn proefschrift tracht hij aan te tonen dat, in tegenstelling tot de leer van het Hof van Cassatie en van advocaat-generaal Decuyper, de politieke rechten juist die rechten zijn "qui dérivent des lois d'intérêt général"(2).

Het belang van Le Jeune's boek is, meer dan in zijn overigens gerechtvaardigde reactie tegen een al te nauwe interpretatie van het begrip "individuele rechten", gelegen in zijn waarschuwing om toch niet al te onbezonnen inspiratie te zoeken in de Franse rechtsleer en rechtspraak en met name bij Henrion de Pansey.

Maar vooraleer op de afwijkingen in te gaan, waartoe het Franse voorbeeld leidde, is het aangewezen om de ontwikkeling na te gaan van de begrippen "burgerlijke en politieke rechten".

§ 5. DEFINITIES VAN DE BURGERLIJKE EN POLITIEKE RECHTEN

- 11.- Het vraagstuk van wat burgerlijke en politieke rechten nu precies zijn, bleef maar terugkomen, en in zijn arrest van 5 maart 1891 tracht het Hof van Cassatie opnieuw een definitie te geven, die weliswaar aanleunt bij het arrest van 25 juni 1840, maar er toch ook aanzienlijk van afwijkt :

(1) LE JEUNE, *op. cit.*, p. 90.

(2) LE JEUNE, *op. cit.*, p. 147.

"Attendu que les droits civils et politiques sont les droits appartenant, directement et personnellement aux citoyens comme tels - ou aux individualités juridiques que la loi assimile, en tout ou en partie, aux citoyens".

Deze weinigzeggende omschrijving wordt, wat de burgerlijke rechten betreft als volgt verduidelijkt:

"une chose ou ... une faculté qui rentre dans leur (c.à.d. les citoyens) patrimoine propre et sur lesquelles leur autorité s'exerce librement dans les limites tracées par la loi".

Behoren niet tot de bevoegdheid van de rechtbanken, betwistingen over de uitvoering van wetten die alleen het algemeen belang aangaan tenzij - en hier wijkt het Hof af van het arrest van 25 juni 1840, - er een privaat en individueel recht mee gemoeid zou zijn (1).

Het blijft evenwel een enge interpretatie van het begrip "individuele rechten"; niet alleen blijven zij beperkt tot die rechten die voortvloeien uit wetten die in het belang van de partikulieren zijn gemaakt, bovendien heerste in die jaren - de vier decennia rond de eeuwwisseling - de theorie van het onderscheid tussen "l'Etat-puissance publique" en "l'Etat-personne privée", waardoor aan de rechtsbescherming nog verdere beperkingen werden aangebracht.

- 12.-Het bekende Flandria-arrest betekent een keerpunt ten goede. Het onderscheid tussen "l'Etat-puissance publique" en "l'Etat-personne privée" wordt verworpen. Voortaan kan ieder burgerlijk en politiek recht aanspraak maken op de bescherming van de artikels 92 en 93 van de Grondwet. Verder tracht men nu een meer concrete definitie te geven van het begrip "burgerlijke rechten". Het zijn "tous les droits privés consacrés et organisés par le Code civil et les lois qui le complètent" (2).

Toch moet het belang van dit arrest niet overtrokken worden.

Ten eerste blijft het onderscheid tussen "l'Etat-personne publique" en "l'Etat-personne privée" bestaan op het gebied van de sanctie. Het is alsof de rechter aarzelt om de overheid tot een andere sanctie dan de betaling van een geldelijke schadevergoeding te veroordelen. Professor

(1) Hof van Cassatie, 5 maart 1891, *Pas.*, 1891, I, 83.

(2) Hof van Cassatie, 5 november 1920, *Pas.* 1920, I, 239.

Flamme heeft op het voortbestaan van die dichotomie gewezen (1), en voornamelijk verdient vermelding een arrest van het Hof van Cassatie van 24 oktober 1958, waarbij het Hof de gedwongen tenuitvoerlegging tegen de overheid maar aanvaard - in casu de gedwongen uitvoering van contractuele verbintenissen op grond van artikel 1184 B.W. "wanneer geen openbare dienst in het gedrang komt" (2).

Maar ook buiten het domein van de sanctie is het onderscheid niet helemaal verdwenen. In het arrest Arméal van 7 december 1971 aanvaardde de Raad van State dat het Gemeentekrediet van België als administratieve overheid het recht heeft aanbestedingen te doen in privaatrechtelijke vormen (3).

Ten tweede geldt het hier de aansprakelijkheid van de overheid, d.w.z. meestal een feitelijk, materieel handelen, dat zich vrij gemakkelijk voor appreciatie binnen het kader van artikel 1382 e.v. van het B.W. laat lenen. Slechts later zal de rechtspraak er toe komen de overheid ook aansprakelijk te stellen voor fouten begaan in de besluitvorming.

-
- (1) FLAMME, M.A., Pour un contrôle juridictionnel plus efficace de l'Administration, *J.T.*, 1972, 422-423.
- (2) Hof van Cassatie, 24 oktober 1958. Pas 1959, I, 202; *Annales du Notariat*, 1960, 74, met noot DUMONT. Blijkbaar is de rechtleer scherp verdeeld over dit arrest. DUMONT, in zijn zoëven geciteerde noot, meent dat het voorbehoud "wanneer geen openbare dienst in het gedrang komt" aan de overheid een ruime en ongewenste mogelijkheid biedt om aan haar verplichtingen te ontsnappen (p. 83-84). Professor VRANCKX bestrijdt deze stelling; voor hem is het arrest van het Hof zonder meer verkeerd. Gedwongen tenuitvoerlegging tegen de overheid moet uitgesloten zijn wanneer het algemeen belang zich daartegen verzet en daar oordeelt alleen de overheid over (*Notariëel Administratief Recht*, Brussel, C.A.D., 1963, 84-85). Het criterium van het al dan niet in het gedrang komen van een openbare dienst komt voort van WIGNY, *Droit administratif: Principes généraux*, Brussel, 1953, p. 279-280. Professor FLAMME haalt het arrest aan in een schijnbaar goedkeurende zin (*art. cit.*, p. 421).
- (3) Raad van State, 7 december 1971, n° 15068: "dat dit bijzonder bestek derhalve zo moet worden geïnterpreteerd dat de tegenpartij, door daarmee te werken, gewoon een offerteaanvraag heeft willen doen zoals een particulier die doet, en niet een publiekrechtelijke aanbesteding heeft willen houden waarvoor verordeningsbepalingen gelden."

Ten tweede geeft het arrest geen verder inzicht in de draagwijdte van artikel 107 van de Grondwet, dat toch tegen onwettelijk overheids-optreden het voornaamste wapen is. Nogmaals, de schending van een subjectief recht door een zuiver materiaal, d.w.z. niet gewild handelen (het vallen van een boom), sluit de noodzaak uit om een beroep te moeten doen op artikel 107 om de onwettigheid te moeten vaststellen.

- 13.- De aarzeling om de principes die het Hof in zijn arrest van 5 november 1920 gehuldigd had, tot zijn uiterste consequenties door te trekken, blijkt uit het arrest van 11 mei 1933, toen het Hof besliste dat een verzakking in een weg die er van de aanleg af in gezeten had, en waardoor een ongeval veroorzaakt werd, geen aanleiding kon geven tot schadevergoeding. De soevereine wil van de gemeente, die de weg zo had aangelegd, moest gerespecteerd worden (1). Anderzijds bleef het Hof geplaagd met het vraagstuk van de omvang van de burgerlijke rechten.
- 14.-Op 25 oktober 1934 besliste het Hof dat het recht op een militair pensioen een burgerlijk recht is (2), en op 11 juli 1935 dat het recht dat een dienstplichtige heeft op zijn lichamelijke integriteit, eveneens een burgerlijk recht is (3). In de interessante noot, van de hand van procureur-generaal Paul Leclercq, dat het arrest vergezelt, wordt met kracht ontkend dat er naast burgerlijke en politieke rechten, ook nog plaats zou zijn voor administratieve rechten.
- 15.- Met zijn arrest van 16 januari 1939, waar weliswaar de overheid niet als partij bij betrokken was, heeft het Hof evenwel aan de bevoegdheden van de rechtbanken een belangrijke uitbreiding gegeven. Alsdan aanvaardde het Hof dat de schending van een rechtmatig belang een recht op schadevergoeding oplevert. Door in de brede norm van artikel 1382 - dat in feite een verwijzingsnorm is - ook het rechtmatig belang te vatten, geeft het Hof meteen een uitbreiding aan artikel 92 van de Grondwet. Deze rechtspraak wordt verdergezet door het arrest van het

(1) Hof van Cassatie, 11 mei 1933, *Pas.*, 1933, I, 222.

(2) Hof van Cassatie, 25 oktober 1934, *Pas.*, 1935, I, 29.

(3) Hof van Cassatie, 11 juli 1935, *Pas.*, 1935, I, 320.

Hof van 16 december 1965, toen beslist werd dat het recht op schadevergoeding voortvloeiend uit de schending van een politiek recht, een burgerlijk recht is (1). De laatste stap die gezet moet worden is dat de schending van een rechtmatig politiek belang een burgerlijk recht op schadevergoeding oplevert.

- 16.- Inmiddels was de aansprakelijkheid van de overheid ook uitgebreid tot de besluitvorming zelf (2), en met het arrest van 7 maart 1963 werden de laatste beperkingen weggenomen die de volledige aansprakelijkheid van de overheid op grond van artikel 1382 e.v. B.W. in de weg stonden : "De machten welke de wet aan de administratie in het algemeen belang toekent, stellen haar niet vrij van de verplichting van voorzichtigheid welke zich aan allen opdringt"(3).
- 17.- Deze arresten mogen op het gebied van de rechtstreekse overheidsaansprakelijkheid - deze gegrond op artikel 1382 B.W. - een belangrijke vooruitgang betekend hebben voor de bescherming van de rechten en belangen van de rechtsonderhorigen, zij geven nauwelijks enig dieper inzicht in de betekenis van de begrippen "burgerlijke" en "politieke rechten", en evenmin verschaffen zij veel opheldering wat betreft de onrechtstreekse overheidsverantwoordelijkheid, deze die slechts vastgesteld kan worden na het mechanisme van artikel 107 van de Grondwet in werking te hebben gezet.
- 18.- Onverpoosd bleef het vraagstuk van de definitie van de indeling van de subjectieve rechten terugkomen. In het belangrijk arrest van 21 december 1956, gewezen op gelijkluidende conclusies van Ganshof van der Meersch gaf het Hof van Cassatie een gevoelige uitbreiding aan de categorie van de politieke rechten (4). Tot dan toe was de overheersende mening dat er slechts weinig subjectieve rechten als politieke rechten gekenmerkt konden worden : jus

(1) Hof van Cassatie, 16 december 1965, *Pas.*, 1966, I, 513 ; *RCJB*, 1969, p. 305, met noot van Ch. Goossens.

(2) Hof van Cassatie, 6 november 1952, *Arresten*, 1957, 127.

(3) Hof van Cassatie, 7 maart 1963, *Pas.*, 1963, I, 744.; *RCJB*, 1963, p. 93 met noot J. Dabin ; *R.W.*, 1963-64, 1115.

(4) Hof van Cassatie, 21 december 1956, *Pas.*, 1957, I, 430.

suffragii, jushonorum, jus militae en jus tributii (1). In zijn arrest stelde het Hof dat het recht op werkeloosheidsuitkeringen ook een politiek recht is. Hoewel het Hof zelf gewaakt heeft bij wijze van algemene regel te stellen dat de rechten uit de sociale zekerheidssector tot de politieke rechten behoren, wordt die bewering zonder aarzelen door de advocaat-generaal geuit (2).

Volgens Perin is de fundamentele reden van de aldus door het Hof gegeven uitbreiding aan de categorie van de politieke rechten, de wil om een halt toe te roepen aan de pogingen om naast de burgerlijke en de politieke rechten ook de "administratieve" of "sociale" rechten als eigen groep te doen erkennen (3). In ieder geval spreekt de advocaat-generaal zich uitdrukkelijk uit tegen het erkennen van de administratieve rechten als autonome groep.

- 19.- Twee jaar later, in zijn arrest van 28 mei 1958, komt het Hof van Cassatie echter terug op de stelling die het op 21 december 1956 had ingenomen. Alsdan werd beslist dat het recht op een militair pensioen een burgerlijk recht is, en dus tot de uitsluitende bevoegdheid van de gewone rechtbanken hoort (4). In de veelvuldige aan dit arrest gewijde commentaren wordt dit terugvallen op vroegere posities unaniem betreurd (5).

Daardoor blijft immers de onzekerheid bestaan in zake het onderscheid burgerlijke rechten - politieke rechten, met al de nefaste gevolgen van dien.

(1) DE VISSCHERE, Burgerlijke en politieke rechten in de jongste rechtspraak en wetgeving, *T.B.P.*, 1960, p. 3.

(2) *Pas.*, 1957, I, 453.

(3) PERIN, Faut-il reviser l'article 93 de la Constitution ?, *J.T.*, 1957, 141.

(4) Hof van Cassatie, 28 mei 1958, *Arresten*, 1958, 769.

(5) DE VISSCHERE F., Steeds op zoek naar het "politiek" recht, *T.B.P.*, 1958, 215.

CAMBIER C., Un conflit d'attributions, *J.T.*, 1959, 53.

LENAERTS H., Recente rechtspraak van het Hof van Cassatie - Over burgerlijke en politieke rechten, *R.W.*, 1958-1959, 193.

20.- Zo het onmogelijk is om uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie een abstracte definitie te puren van burgerlijke en politieke rechten, en kan men hoogstens een opsomming geven van de rechten die het Hof van Cassatie in ieder van deze categorieën onderbrengt, om de woorden van Lenaerts te gebruiken (1), geeft de rechtsleer dan tenminste enig soelaas ?

Uit Lenaerts' proefschrift blijkt dat de verwarring daar zo mogelijk nog groter is. Het lijkt derhalve weinig nuttig een opsomming te geven van al de verdedigde stellingen. Schematiserend mag gezegd worden dat er allereerst een groep is - verreweg de belangrijkste - die de subjectieve rechten naar hun inhoud tracht te definiëren. Deze groep valt op zijn beurt in twee strekkingen uiteen : de enen geven aan de categorie van de politieke rechten een zeer beperkte inhoud, en diensvolgens een brede inhoud aan de groep der burgerlijke rechten ; de anderen zijn geneigd het begrip politieke rechten ruim te interpreteren, en dus een meer beperkte draagwijdte aan de term burgerlijke rechten toe te kennen. Een tweede strekking meent dat het niet of nauwelijks mogelijk is een inhoudelijke definitie te geven en zoekt zijn heil in een formeel element : het is de wetgever die de aard van het recht bepaalt.

Een derde groep tenslotte houdt voor dat er naast de burgerlijke en de politieke rechten, ook nog een autonome categorie van "administratieve" rechten bestaat. Sommige aanhangers van deze strekking trachten de drie termen te definiëren naar hun inhoud, anderen doen een beroep op het formeel criterium, de wil van de wetgever.

21.- Tot de "zekere" politieke rechten rekent men het *jus tribut*i, het *jus militae* en het *jus suffragii*. Het *jus honorum* wordt niet als een recht beschouwd (2).

De terminologie alleen reeds duidt op het wankelende van die stelling. Waar *jus suffragii* en *jus honorum* nog vertaald kunnen worden door de termen kiesrecht en recht om verkozen te worden en openbare functies te bekleden

(1) LENAERTS, De burgerlijke, politieke en administratieve rechten in de bevoegdheidsregeling naar Belgisch recht, Antwerpen, De Sikkel, 1958, p. 170.

(2) DE VISSCHERE, *art. cit.*, l.c.

(overigens ziet de rechtspraak hier terecht geen subjectief recht in ; de staat van Belg-voorwaarde voor het bezitten van de politieke rechten - is alleen maar een voorwaarde voor het kunnen vervullen van politieke en openbare functies), wordt jus militae vertaald door dienstplicht en jus tributi door belastingplicht ; zo spreekt men ook van dienstplichtigen en belastingplichtigen. Het is dan ook opvallend dat de rechtsleer tracht die rechten negatief te omschrijven : het recht om niet dan in de gevallen door de wet bepaald dienstplicht te moeten doen of belasting te moeten betalen.

Historisch mogen jus tributi en militae rechten geweest zijn, thans gaat dit niet meer op. Men kan niet, zonder de notie "subjectief recht" geweld aan te doen, van rechten gewagen.

Het gaat hier wel degelijk om plichten of verbintenissen ; als er iemand gerechtigd is, dan is het de overheid.

Zo gezien komt de vraag naar de aard van die "rechten" - met name de vraag of het jus tributi een burgerlijk dan wel een politiek recht is, die van meet af aan zeer betwist en nooit duidelijk beantwoord is geweest - in een heel ander daglicht te staan.

De grondwetgever beoogde door artikel 92 de rechten van de burger tegenover de overheid te beschermen, maar bedoelde hij ook de rechten van de overheid aan die regeling te onderwerpen ? Of om de vraag anders te formuleren, behoorden ook de betwistingen over burgerlijke verbintenissen tot de uitsluitende bevoegdheid van de rechtbanken, ook wanneer de gerechtigde de overheid zelf was ? Zeer waarschijnlijk heeft de grondwetgever aan dat probleem zelfs niet gedacht ; zijn optiek was juist anders gericht. Hoe gevaarlijk het ook is om uit het stilzwijgen van de (grond)wetgever positieve oplossingen af te leiden, moge toch hier een poging daartoe gedaan worden. De overheid werd geacht zelf haar rechten te kunnen verdedigen (men denke aan de ook toen reeds veelvuldig bestaande politie- en regelingsbevoegdheden) en geen behoefte te hebben aan de extra-bescherming die de artikels 92 en 93 van de grondwet instelden. Het stond haar vrij de nakoming van haar rechten zelf te organiseren. Een onrechtstreeks argument ten voordele van deze stelling mag afgeleid worden uit artikel 93 van de grondwet. Betwistingen

over politieke rechten, d.w.z. rechten waarbij het algemeen belang, dus de overheid, rechtstreeks geïnteresseerd is, mogen aan de bevoegdheid van de rechtbanken onttrokken worden. Als de bescherming van rechten die specifiek tegen de overheid ingeroepen kunnen worden, aan de jurisdictie van de rechtbanken onttrokken mag worden, geldt dit dan niet a fortiori voor de rechten die de overheid zelf wil invoeren ?

- 22.- De stelling die in de artikelen 92 en 93 van de Grondwet een summa divisio van de subjectieve rechten ziet, lijkt bij de huidige ontwikkeling van de rechten in de sectoren van de sociale zekerheid, cultuur en onderwijs moeilijk verenigbaar met de bepaling van artikel 4 van de Grondwet, dat alleen Belgen politieke rechten kunnen bezitten.

Vroeger reeds kon men op grond van die bepaling moeilijk verklaren waarom ook vreemdelingen onderworpen waren aan dienst- en belastingplicht, die immers als politieke rechten werden beschouwd.

Maar die twee rechten buiten beschouwing latend kon men uit de impasse van artikel 4 alleen geraken door op het kiesrecht na alle andere rechten als burgerlijke rechten te beschouwen. Dit werd dan ook consequent gedaan door procureur-generaal Paul Leclercq (1). Maar dan dreigt men in een andere dwangpositie te komen. Wanneer namelijk de wetgever op onduidelijke wijze de beslechting van betwistingen over bepaalde rechten aan andere rechtscolleges dan de hoven en rechtbanken opdraagt, moet men, om consequent te blijven, deze wetten ongrondwettig verklaren. Ook voor deze uiterste consequentie schrikt Paul Leclercq niet terug (2) maar zo ver heeft het Hof van Cassatie hem nooit willen volgen.

- 23.- Onder de recente auteurs zijn Mast en Ganshof van der Meersch voorstanders van de theorie dat de wil van de wetgever het voornaamste criterium is om te bepalen of een recht politiek dan wel burgerlijk van aard is (3).

(1) Zie zijn notas in de *Pasicrisie* 1935, I, 321, onder het arrest van het Hof van 11 juli 1935, en in de *Pasicrisie* van 1933, I, 222, onder het arrest van 11 mei 1933.

(2) Nota onder Hof van Cassatie 27 september 1928, *Pas.*, 1928, I, 231, en zijn mercuriale "Propos constitutionnels", 15 september 1928.

(3) MAST A., De Geschillen van Bestuur, Brussel, Larcier, 1946, p. 42 e.v. MAST A., Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht, Story Scientia, Gent 1963, p. 312.

MAST A., Les fondements constitutionnels de la juridiction administrative, *RJDA*, 1956, p. 83.

GANSHOF VAN DER MEERSCH, conclusies voor Cassatie, 21 december 1956, *Pas.*, 1957, I, 440 en 449.

Maar dan stuit men op een andere grondwettelijke hinderpaal, het hiervoor genoemde artikel 4. Terecht merkt Lenaerts op dat een brede interpretatie van het begrip politieke rechten, die ook aan vreemdelingen zouden toekomen, niet te verenigen valt met artikel 4 (1). De bewering van Mast en Ganshof van der Meersch dat de term politieke rechten in de artikels 4 en 93 in een verschillende betekenis gebruikt werden kan moeilijk aangenomen worden, bij gebreke van iedere aanwijzing in die zin in de besprekingen van de constituanten.

24.- De enige logische oplossing lijkt het aanvaarden van een derde groep rechten, die men voornamelijk negatief kan omschrijven, als zijnde die rechten die niet burgerlijk noch politiek van aard zijn. Dit impliceert hoegenaamd niet dat deze rechten niet op bescherming door een rechtsprekend orgaan zouden aanspraak kunnen maken. Deze conclusie is ten onrechte gemaakt door Ganshof van der Meersch (2). De bedoeling van de grondwet om alle rechten, van welke aard ook, tegen de willekeur van de administratie te beschermen, is duidelijk en kan uit het systeem van de grondwet als zodanig, meer bepaald de artikels 30 en 94, afgeleid worden. Waar Lenaerts schrijft :

"Dit beginsel (namelijk de beslechting van geschillen over rechten door de rechterlijke macht) geldt even absoluut voor de administratieve rechten als voor de politieke rechten"(3),

kan dit ten volle onderschreven worden. Dit beginsel wordt trouwens ook geformuleerd door het Hof, in zijn reeds geciteerde arrest van 21 december 1956 :

"Attendu que les contestations qu'ont pour objet des droits subjectifs relèvent non de l'administration active, mais de la juridiction"(4).

(1) LENAERTS, *op. cit.*, p. 17.

(2) "Notre système constitutionnel, qui consacre dans l'article 92 de la charte l'existence de droits civils et, dans les articles 4, 5 et 93, l'existence de droits politiques, se concilie-t-il avec l'existence dans le droit public belge d'une troisième catégorie de droits, les droits administratifs, catégorie autonome de droits de seconde ou plutôt de troisième zone, qui ne bénéficieraient pas des garanties constitutionnelles que l'article 94 réserverait aux deux premières catégories de droits ?"

(3) LENAERTS, *op. cit.*, p. 46.

(4) *Pas.*, 1957, I, 466.

25.- Wat er ook van zij, in de huidige stand van de rechtspraak lijkt de theorie van de indeling van de rechten in drie groepen weinig kans te maken, en Lenaerts zelf stelt dat het door Mast voorgestelde criterium, de wil van de wetgever, het enige praktisch bruikbare is (1).

Waar het arrest van 26 december 1956 die weg scheen op te gaan, en aldus een eerste stap gezet werd naar een praktisch hanteerbaar onderscheid tussen politieke en burgerlijke rechten heeft het arrest van 28 mei 1958 de oude stand van zaken hersteld.

Verderop zal nagegaan worden hoe de aldus ingevoerde onzekerheid meteen ook weer de bevoegdheidsafbakening tussen het Hof van Cassatie en de Raad van State tot een raadselwerk gemaakt heeft.

Nu echter moet onderzocht worden hoe de bescherming van de rechten van de rechtsonderhorigen geschiedde wanneer niet volstaan kon worden de bestreden overheidsdaad aan artikel 1382 e.v. van het B.W. te toetsen, maar wanneer een beroep gedaan moest worden op artikel 107 van de Grondwet.

§ 6. DE KOPPELING VAN DE ARTIKELS 92, 93 en 107 VAN DE GRONDWET
ARTIKEL 107 VERVANGT ARTIKEL 106

26.- Al spoedig immers had het Hof van Cassatie uitgemaakt dat van toetsing van een bestuurshandeling aan artikel 107 van de Grondwet, alleen sprake kon zijn als er subjectieve rechten in het geding waren. In het door Le Jeune met zoveel vuur bestreden arrest van 25 juni 1840 luidt het :
"Attendu que l'article 107 de la constitution, qu'il faut nécessairement combiner avec les articles 92 et 93 et l'ensemble de la constitution ..." (2).
Blijkbaar is deze stelling nooit verlaten geweest. Men vindt ze woordelijk terug in een arrest van het Hof van Beroep van Brussel van 13 mei 1959 (3).

(1) LENAERTS, Recente rechtspraak van het Hof van Cassatie, - Over burgerlijke en politieke rechten. *R.W.*, 1958-1959, kol. 201.

(2) Hof van Cassatie, 25 juni 1840, *Pas.*, 1839-1840, I, 409.

(3) Hof van Beroep, Brussel, 13 mei 1959, *RJDA*, 1962, 75 ; *Rev. Adm.*, 1962, 125.

27.- Maar niet alleen wordt de toepassing van artikel 107 beperkt tot die gevallen waar een subjectief recht de inzet van de rechtsstrijd is, vereist is ook dat de bestuurshandeling waarvan de onwettigheid ingeroepen wordt, rechtstreeks betrekking heeft op het subjectieve recht. Het volgende voorbeeld moge dit verduidelijken.

Een officier van de burgerwacht van Namen was veroordeeld geweest omdat hij niet aan de voorgeschreven oefeningen had deelgenomen. Voor het Hof van Cassatie voert hij aan dat de verslaggever van het rechtcollege dat hem veroordeeld had, op een met de wet strijdige wijze door de Koning was benoemd. Derhalve was het college onregelmatig samengesteld en behoorde de veroordeling verbroken te worden. Het Hof oordeelde echter dat het onbevoegd was om de wettigheid van het koninklijk besluit na te gaan (1).

28.- Waar enerzijds aan de toepassing van artikel 107 deze dubbele beperking wordt opgelegd, namelijk dat het voorwerp van de vordering een burgerlijk of politiek recht moet zijn en dat de bestreden bestuurshandeling rechtstreeks met dat recht in betrekking moet staan, wordt anderzijds aan dezelfde artikel 107 een rol toebedacht die de grondwet in feite door artikel 106 wilde doen laten spelen.

Artikel 106 draagt aan het Hof van Cassatie de taak op om bevoegdheidsconflicten, o.a. tussen administratie en rechterlijke macht, te beslechten, volgens modaliteiten door de wet nader te bepalen. De wetgever heeft echter nagelaten een uitvoeringswet uit te werken (2), totdat de

(1) Hof van Cassatie, 23 juli 1849, *Pas.*, 1849, I, 443.

Zie ook Rechtbank Antwerpen, 21 maart 1874, *B.J.*, 1875, 1401 en het reeds geciteerde arrest van het Hof van Beroep van Brussel van 13 mei 1959 : "... on voit que ledit article 107 dont le but a été de donner aux citoyens une garantie contre l'arbitraire administratif, ne saurait avoir pour effet de confier aux cours et tribunaux le droit illimité de se livrer à l'appréciation de la légalité de tous les actes administratifs, quelque soit leur nature ou leur objet, mais seulement des actes qui portent atteinte à des droits civils, ou à des droits politiques dont la connaissance n'est pas enlevée aux tribunaux par la loi" (*RJDA*, 1962, p. 75 ; *Rev. adm.*, 1962, p. 125).

(2) Alleen artikel 20 van de wet van 4 augustus 1832 bepaalt dat attributieconflicten door het Hof van Cassatie in verenigde kamers moesten worden behandeld ; zie ook artikel 132 van de wet van 18 juni 1869.

instelling van de Raad van State hem daartoe noopte. De in de artikels 33 en 34 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State neergelegde regeling geldt echter alleen voor arresten door de Raad gewezen. Zij geldt niet voor mogelijke andere conflicten.

In de rechtspraak is slechts een uitspraak van het Hof van Cassatie over attributieconflicten bekend (behalve natuurlijk de arresten gewezen op beroepen tegen arresten van de Raad van State), en in dat geval was het in feite nog de administratie die aan het conflict een einde maakte door het besluit van de Bestendige Deputatie van Brabant, waardoor het conflict was ontstaan, te vernietigen (1). De rechtsleer is geneigd de feitelijke uitschakeling van artikel 106 niet te dramatiseren. Zo schrijft Giron :

"Dans la pratique, l'administration supplée au conflit au moyen de l'exception d'incompétence" (2),

en Wodon vindt het in feite een overbodig artikel (3). Alleen Tielemans en de Brouckère betreuren dit, omdat daardoor de overheid niet in de mogelijkheid gesteld wordt haar standpunt te laten kennen wanneer zij niet partij is in een geding, dat geheel of gedeeltelijk tot haar bevoegdheid behoort, of waarin aan een overheidsbeslissing onwettelijkheid wordt verweten (4). In hun optiek behoort het recht om het conflict op te werpen alleen aan de overheid.

Blijkbaar heeft men nooit de behoefte gevoeld om het systeem nader uit te werken, mede omdat artikel 107 een geldige wisseloplossing scheen te zijn.

29.- Ook al schijnt die discussie over artikel 106 gesloten te zijn, moeten hier toch enige vraagtekens geplaatst worden. Het inroepen van artikel 107 impliceert dat er reeds een overheidsbeslissing genomen is, die (in dit geval waar artikel 107 artikel 106 vervangt) naar beweren eigenlijk tot de bevoegdheid van de rechterlijke macht hoort. M.a.w., wanneer de

(1) Hof van Cassatie, 30 januari 1837, *Pas.*, 1837-1838, I, 25 en 20 februari 1837, *Pas.*, 1837-1838, I, 36.

Daarnaast citeren DE BROUCKERE en TIELEMANS nog drie andere conflicten (V° Conflit d'attributions, p. 308 en 309).

(2) *Droit administratif*, T. I, p. 226.

(3) WODON, *Le contrôle juridictionnel de l'administration* (Brussel, Lambertin, 1920), p. 81, 116 en 117.

(4) TIELEMANS en de BROUCKERE, *Répertoire de l'administration*, V° Conflit d'attributions, p. 307.

administratie in twijfel verkeert bestaat er voor haar geen mogelijkheid om de rechtsvraag aan het Hof van Cassatie voor te leggen, noch kan de betrokken rechtsonderhorige haar beletten die beslissing te nemen. Pas daarna kan hij de zaak voor de rechtbanken brengen, en dat zal lang niet altijd gebeuren, zoals Tielemans en De Brouckère reeds opmerkten (1). Om dat te verhelpen zou men zowel aan iedere rechtsonderhorige die in een conflict met een overheidsorgaan verwickeld is, als aan de overheid zelf, het recht moeten geven om het bevoegdheidsconflict rechtstreeks, bij wijze van prejudicieel geschil, aan het Hof van Cassatie voor te leggen. Weliswaar beantwoordt een dergelijke regeling niet aan het klassieke beeld van een bevoegdheidsconflict, maar niets in de geest noch de letter van artikel 106 verzet zich ertegen, en het zou een duidelijk schnellere wijze zijn om bevoegdheidsconflicten af te wikkelen dan de huidige gang van zaken, waar men eerst verplicht is de administratieve of gerechtelijke rechtsgang, of beiden achter elkaar, te doorlopen vooraleer uiteindelijk bij het Hof van Cassatie te belanden.

Maar vooraleer over te gaan tot het onderzoek van de aard van de controle van artikel 107, moet nog opgemerkt worden dat aan de toepassing van artikel 107 nog een andere beperking wordt opgelegd, die rechtstreeks voortvloeit uit de koppeling van artikel 107 aan de artikels 92 en 93. Wanneer namelijk de bestuurshandeling waarvan de illegaliteit wordt aangevoerd, een uitspraak van een administratief rechtscollege is (dat bij hypothese zijn bevoegdheid vindt in artikel 93 van de grondwet), dan mag die uitspraak niet op haar wettelijkheid onderzocht worden. Het administratief rechtscollege had immers zelf de verplichting artikel 107 toe te passen, en aan zijn uitspraak kleefde het gezag van gewijsde, dat door de rechtbanken moet geëerbiedigd worden. Aldus besliste het Hof van Cassatie op 13 oktober 1969 (2).

(1) *Répertoire de l'Administration*, V° Compétence, p. 190.

(2) Hof van Cassatie, 13 oktober 1969, *Pas.*, 1970, I, 137.

§ 7. AARD VAN DE CONTROLE VAN ARTIKEL 107 VAN DE GRONDWET

30.- Artikel 107 luidt als volgt :

"De hoven en rechtbanken passen de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toe in zover zij met de wetten overeenstemmen."

Traditioneel hebben rechtspraak en rechtsleer steeds een onderscheid gemaakt tussen de wettelijkheid van bestuurshandelingen enerzijds en hun gepastheid (opportunititeit) anderzijds. De wettelijkheid is de conformiteit van de beslissing, zowel wat haar conceptie als uitvoering betreft aan de wettelijke en reglementaire bepalingen, waarvan zij de uitvoering is of waarmee zij in aanraking komt ; de opportunititeit behelst de keuze van de middelen waarmee en het tijdstip waarop zij tot stand komt.

In de praktijk echter is het niet zo gemakkelijk een onderscheid te maken tussen wettelijkheid en opportunititeit. Daarbij is het steeds vaker zo dat de wettelijkheidscontrole bijna een fictie wordt, doordat de wetgever meer en meer de neiging heeft om ruimere en minder en minder genormeerde bevoegdheden aan het bestuur toe te kennen.

Bovendien is het begrip "wettelijkheid" niet een eenvoudig, maar complex begrip ; is er niet één wettelijkheidscontrole ; de bestuurshandeling is uit verschillende elementen samengesteld, en ieder kan op zijn wettelijkheid getoetst worden.

31.- Bij Le Jeune is het begrip "wettelijkheidstoezicht" nog een homogeen begrip en ziet hij niet dat er verschillende vormen van legaliteitscontrole zijn. Blijkbaar beperkt zich voor hem het toezicht van de rechtbanken ertoe na te gaan of de overheidshandeling wel genomen is binnen de grenzen van de bevoegdheid van het orgaan waarvan de handeling uitgaat (1).

32.- Giron onderkent reeds de diversiteit van de wettelijkheidscontrole, maar is onnauwkeurig in zijn formulering en vrij oppervlakkig in zijn appreciatie. "Les cours et tribunaux", zo schrijft hij, "apprécie la légalité des actes administratifs sous le triple rapport de la compétence, du fond et de la forme" (2).

(1) LE JEUNE, *op. cit.*, p. 103-106.

(2) GIRON, *Droit administratif*, p. 231.

Dat hij echter absoluut niet bedoeld aan de hoven en rechtbanken de uiterst brede bevoegdheid te geven die uit deze formulering blijkt, volgt uit de voorbeelden die hij ter verduidelijking geeft. Gemis aan bevoegdheid acht hij aanwezig wanneer een andere dan de door de wet aangewezen overheid optreedt. Onder "contrôle du fond" verstaat hij dat wanneer een overheid bevoegd is om in het algemeen handelingen te stellen het aan de rechtbanken toekomt om na te gaan of de bijzondere voorwaarden waarvan het overheidshandelen afhankelijk werd gemaakt, vervuld zijn. De vormcontrole tenslotte spreekt voor zichzelf.

In feite beperkt Giron het toezicht van de rechtbanken tot het uitwendige van de bestuurshandelingen. Diepergaand toezicht van de rechterlijke macht acht Giron niet verenigbaar met

"un autre principe non moins essentiel, l'indépendance de l'administration vis-à-vis des tribunaux" (1).

33.- De eerste om op duidelijke wijze stelling te kiezen tegen deze beperkte opvatting van 's rechters toezichtsbevoegdheid was Bourquin (2).

Na een analyse te hebben gegeven van de rechtspraak van de Franse Raad van State in zake vernietiging voor machtsoverschrijding, stelt hij vast dat de rechtbanken in België niet verder gaan dan het onderzoek naar de bevoegdheid en de vormen, en dat slechts in beperkte gevallen toepassing van bestuurshandelingen op grond van machtsafwending geweigerd wordt (3). Bourquin verbergt zijn voorkeur voor het Franse systeem niet. Daar hij wanhoopt de rechterlijke macht ooit aan de rechtsonderhorigen een betere bescherming te zien geven, stelt hij voor een "cour de justice administrative" op te richten (4).

Vlak voor de ommezwaai van het Hof van Cassatie op 5 november 1920,

(1) GIRON, *op. cit.*, p. 231-232.

(2) BOURQUIN, *La protection des Droits individuels contre les abus de pouvoir de l'autorité administrative en Belgique*.

Er mag hier reeds even melding gemaakt worden van de stelling van procureur-generaal Mathieu Leclercq, volgens wie ook de juistheid van de feitelijke gegevens waarop een administratieve beslissing steunt, aan de controle van de rechter onderworpen zijn. Zie hierna, onder n° 36.

(3) BOURQUIN, *op. cit.*, p. 85.

(4) BOURQUIN, *op. cit.*, p. 344 e.v.

schreef Wodon, in zijn werk, "*Le contrôle juridictionnel de l'administration*", dat hij het eens was met Bourquin's analyse, maar hij verzette zich tegen de oprichting van een administratief rechtscollege in de stijl van de Franse Raad van State, en pleitte veeleer voor een terugkeer van de rechterlijke macht maar de principes van de Belgische grondwet, om zelf de controle op de administratie in eigen hand te nemen. Overigens betwistte hij Bourquin's voorstelling van de feiten, als zou in de administratie willekeur en wetsverkrachting schering en inslag zijn (1).

- 34.- Met het Flandria arrest kwam een voorlopig einde aan de strevingen naar een administratief rechtscollege, en hoewel artikel 107 niet rechtstreeks door dat arrest beroerd werd, viel ook de discussie hierover voor een tijd stil. De oprichting van de Raad van State verlegde het centrum van de belangstelling naar de bevoegdheidsafbakening tussen de rechterlijke macht en de Raad van State. Men kan denken dat de discussie omtrent artikel 107 van de Grondwet nu in feite overbodig werd, daar de legaliteitscontrole op de overheidshandelingen nu in principe door de Raad van State gebeurde dat zijn bevoegdheid putte uit artikel 9 van de wet van 23 december 1946.

Toch bleef artikel 107 ook voor de rechtbanken geregeld aan bod komen. Al heeft de Raad van State ongetwijfeld artikel 107 gedeeltelijk verdrongen, het blijft ook voor de rechtbanken een niet onaanzienlijke rol spelen.

§ 8. DE RECHTERLIJKE MACHT EN ARTIKEL 107 VAN DE GRONDWET

- 35.- Reeds bij Le Jeune vindt men een aantal gerechtelijke uitspraken waarin de toepassing van sommige bestuurshandelingen, op grond van artikel 107 van de Grondwet geweigerd wordt (2).

(1) WODON, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, p. 98-113.

(2) LE JEUNE, *op. cit.*, p. 105 en 106.

In al die gevallen was de bestreden bestuurshandeling echter duidelijk buiten de bevoegdheid van het overheidsorgaan genomen. Bijzonder hoopvol was het arrest van het Hof van Cassatie van 20 september 1850, gewezen op gelijkkluidende conclusies van procureur-generaal Mathieu Leclercq. De gemeenteraad van het Oostvlaamse Oekerzele had de gemeentesecretaris afgezet en iemand in zijn plaats benoemd. De bestendige deputatie weigerde echter beide beslissingen goed te keuren. Daarop nam de gemeenteraad opnieuw dezelfde beslissingen, en wederom onthield de bestendige deputatie haar goedkeuring. De gemeenteraad volhardde echter, en ten derde male zette zij de oude gemeentesecretaris af en benoemde dezelfde persoon als interimaris, en ditmaal reageerde de bestendige deputatie niet meer. Maar daarop nam het parket over en de interimaris werd vervolgd wegens het onwettig uitoefenen van het ambt van gemeentesecretaris. Na een veroordeling door de correctionele rechtbank van Oudenaarde volgde vrijspraak door het Hof van Beroep van Gent. Het Hof van Beroep stelde vast dat de bestendige deputatie nog altijd geen beslissing had genomen over de (derde) afzetting van de oude gemeentesecretaris, en dat de gemeenteraad het recht had, hangende die beslissing, een interimaris te benoemen. Dat arrest werd door het Hof van Cassatie verbroken. Het stond immers voldoende vast dat de bestendige deputatie het met de gemeenteraad niet eens was, en ook al was er (nog) geen beslissing genomen wat betreft het derde gemeenteraadsbesluit, toch was dat besluit duidelijk onwettig (1).

Het hier onwettig bevonden besluit was nochtans in se niet buiten de bevoegdheid van de gemeenteraad. Op zichzelf genomen was de derde gemeenteraadsbeslissing juridisch onaanvechtbaar. Het is maar uit het geheel van de zaak dat het Hof van Cassatie tot de onwettigheid van het laatste besluit kon concluderen. Ook al wordt het woord niet gebruikt, dit is een duidelijke toepassing van de leer van de machtsafwending.

Eenzelfde opvatting over de omvang van de rechterlijke controle vindt men terug in het arrest van het Hof van Cassatie van 21 oktober 1867,

(1) Hof van Cassatie, 20 september 1850, met conclusies P.G. M. Leclercq, *Pas.*, 1850, I, 460.

waar het Hof de mening was toegedaan dat de burgemeester van de gemeente Waltwilder, die een door de bestendige deputatie opgeheven buurtweg opnieuw geopend had verklaard, daarmee onwettig had gehandeld. Nochtans had de burgemeester formeel die bevoegdheid (1).

Het is alleen jammer dat in beide gevallen de onwettigheid van bestuurs-handelingen in het nadeel van de betrokken particulieren speelde, doordat op die manier hun strafrechterlijke veroordeling mogelijk werd.

- 36.- In wat op gebied van administratief recht als het belangrijkste arrest van de afgelopen eeuw beschouwd mag worden, zag het Hof geen onwettigheid in een bestuurshandeling, toen dit in het voordeel van de rechtsonderhorige had kunnen spelen. De feiten waren de volgende. In uitvoering van het inmiddels afgeschafte artikel 96 van de gemeentewet, vaardigde de gemeenteraad van Luik op 24 juli 1863 een reglement uit ter regeling van de prostitutie. Op grond van dit reglement moest iedere vrouw "die zich kennelijk aan ontucht overleverde" (*qui se livrait notoirement à la débauche*) zich in een speciaal register laten inschrijven. Desgevallend kon het college van burgemeester en schepenen ambtshalve de inschrijving bevelen van vrouwen die weigerden zulks vrijwillig te doen. Inschrijving in het register had tot gevolg dat de vrouwen in kwestie zich tweemaal per week aan een medisch onderzoek moesten onderwerpen. Appoline Meeus, ambtshalve ingeschreven, weigerde zich aan het medisch onderzoek te onderwerpen, aanvoerende dat zij geen prostituée was. Door de politierechtbank van Luik werd zij op 23 en 30 augustus en 18 oktober 1865 veroordeeld tot geldboetes omwille van haar weigering. Op beroep van Meeus liet de correctionele rechtbank van Luik in een ook nu nog zeer lezenswaardig vonnis haar toe tot het bewijs dat zij geen prostituée was, en op 30 maart 1866 sprak de rechtbank Meeus vrij (2). Tegen dit vonnis tekende het parket cassatieberoep aan, en op gelijkkluidende conclusies van advocaat-generaal Coloquette verbrak het Hof van Cassatie het vonnis, en verwees de zaak naar de

(1) Hof van Cassatie, 21 oktober 1867. *Pas.*, 1868, I, 251 ; *B.J.*, 1868, p. 102.

(2) Correctionele rechtbank Luik, 15 februari en 30 maart 1866, *Pas.*, 1866, I, 292 en 293.

correctionele rechtbank van H0ei. Op 29 juni 1866 sprake deze rechtbank weerom Meeus vrij, stellende dat het aan de rechtbank toekwam, niet alleen om de materialiteit van de inschrijving in het register, maar ook de waarachtigheid van de feiten waarop zij steunde te controleren, en dat ten deze het bewijs niet geleverd was dat Appoline Meeus zich kennelijk aan de prostitutie had overgeleverd. Opnieuw tekende het parket cassatieberoep aan. Procureur-generaal Mathieu Leclercq concludeerde tot de verwerping van het beroep. In zijn conclusies schreef hij :

'Les tribunaux sont donc saisis par ces poursuites d'une contestation sur des droits civils, s'il en fut jamais, sur le premier, le plus précieux de tous, la liberté individuelle".(1)

Derhalve hadden de rechtbanken het recht en de plicht om de juistheid van de feiten waarop de administratieve handeling steunde, na te gaan. Evenwel in drie korte overwegingen oordeelde het Hof dat de rechter alleen mocht nagaan of de beklaagde, op het ogenblik van de feiten, in het register ingeschreven was, en of zij zich al dan niet aan het medisch onderzoek had onderworpen. Het gemeentebestuur oordeelde soeverein of en wie kon beschouwd worden als kennelijk overgeleverd aan de prostitutie (2).

Later heeft procureur-generaal Paul Leclercq (toen nog advokaat-generaal), in zijn conclusies voor het Flandria-arrest, beweerd dat de zaak Meeus geen uitstaans had met artikel 107 en met de scheiding der machten. Het ging volgens hem alleen om de interpretatie van artikel 96 van de Grondwet (3). Diezelfde mening vindt men ook terug in zijn noot onder het arrest van het Hof van Cassatie van 11 juli 1935, maar toch is hij niet meer zo zeker dat het resultaat van een dergelijke betwisting na het Flandria arrest dezelfde zou zijn (4).

Dezelfde aarzeling blijkt ook weer uit zijn noot onder het arrest van 11 mei 1933 (5), maar in zijn conclusies voor het arrest van 25 oktober

(1) *Pas.*, 1867, I, 17.

(2) Hof van Cassatie, 24 oktober 1866. *Pas.*, 1867, I, 11; *B.J.*, 1866, 1416.

(3) *Pas.*, 1920, I, 223.

(4) *Pas.*, 1935, I, 326.

(5) *Pas.*, 1933, I, 225 en 226.

1934, waar de vraag was of het recht op burgerlijke en militaire pensioenen van burgerrechtelijke dan wel van politieke aard is neigt hij ertoe de feitelijke vaststellingen van de administratie als onaantastbaar te beschouwen (1).

De rechtspraak in de zaak Meeus werd bevestigd in latere uitspraken (2).

Dat in tegenstelling tot wat procureur-generaal Paul Leclercq meent de kern van de zaak wel degelijk draaide om de interpretatie van de leer van de scheiding der machten, blijkt zowel uit de conclusies van procureur-generaal Mathieu Leclercq als uit de tekst van het arrest zelf (3). Ook in zijn mercuriale van 15 oktober 1870 stelt procureur-generaal Mathieu Leclercq duidelijk dat het geval gezien moet worden in het kader van de artikels 92 en 107 van de Grondwet (4).

(1) *Pas.*, 1934, I, 36 : "Il se peut, en effet que la loi, tout en donnant le droit à la pension, fasse dépendre la reconnaissance du droit de certaines contestations de fait dont l'administration est chargée. Dans ce cas, la constatation que sur ce fait fera l'administration, sera généralement souveraine ; le pouvoir judiciaire lorsqu'il statuera sur la réclamation de la pension devra admettre comme vraie la constatation de fait émanant de l'administration."

(2) Hof van Cassatie 19 december 1887, *Pas.*, 1888, I, 43.
 Hof van Cassatie, 27 januari 1913, *Pas.*, 1913, I, 80; *B.J.*, 1913, 202. *Rev. adm.*, 1913, 361.
 De houding van het Hof van Cassatie is des te meer bevreemdend, daar in Frankrijk, waar de rechtbanken traditioneel praktisch geen zeggingsmacht over de administratie hebben, zij in soortgelijke gevallen toch de juistheid van de feiten kontroleerden. Zie bv. *Cour de Cassation fr.*, 24 januari 1865, *Pas. fr.*, 1866, p. 567 en 8 maart 1866, *Pas. fr.*, 1866, p. 568.
 Inmiddels is artikel 96 van de gemeentewet afgeschaft door artikel 1 van de wet van 21 augustus 1948.

(3) "Nous ajouterons que supprimer dans les contestations sur cette matière l'appréciation judiciaire des cas prévus par la loi où il peut être porté atteinte à la liberté individuelle, ... malgré l'indépendance du pouvoir judiciaire, qui ne lui permet d'appliquer les actes de l'administration que dans les limites de la loi, c'est livrer la personne de la femme à l'arbitraire de l'administration, c'est-à-dire, à ce qu'il y a de plus contraire à toute l'organisation légale et constitutionnelle de la Belgique" (*Pas.*, 1866, I, 18).
 'Attendu que le principe de la séparation des pouvoirs s'oppose à ce que les tribunaux connaissent des actes d'administration pour arrêter ou paralyser les effets desdits actes" (*Pas.*, 1866, I, 21).

(4) Mercuriale, 15 oktober 1870, *Pas.*, 1870, I, XVI.

37.- De weigering om in te gaan op verzoeken van rechtsonderhorigen om de juistheid van de feiten door de wet als voorwaarde van administratief handelen gesteld, na te gaan, is een constante in de rechtspraak, en beperkt zich helaas niet tot het domein van artikel 96 van de gemeentewet. Paul Leclercq geeft er een sprekende opsomming van (1).

Maar ook na het Flandria-arrest blijft die strekking toonaangevend in de rechtspraak van de gewone rechten zowel inzake onteigeningen (2), als wat betreft de appreciatie over het bouwvallig karakter van gebouwen (3). Zo ook is de beslissing van een minister dat een film niet als Belgische film beschouwd kan worden en dus niet voor subsidie in aanmerking komt, soeverein en bindt zij de hoven en rechtbanken (4). Die terughoudendheid tegenover feitelijke beslissingen van het bestuur blijkt ook ter zake van ongezonde, hinderlijke of gevaarlijke bedrijven, waar de rechtbanken, om aangedane schade te vergoeden, geen bevelen tot herstel in natura mogen geven die strijdig zijn met de voorwaarden van de afgeleverde vergunning of zelfs maar de tijdelijke sluiting bevelen mogen (5). Evenzo oordeelde het Hof van Beroep van Brussel dat het aan de administratie, en aan de administratie alleen, toekomt om te oordelen of er misbruik is gemaakt van economische macht in de zin van de wet van 27 mei 1960 (6).

Daartegenover staat dat het Hof van Cassatie op 3 februari 1964 drie arresten velde, waaruit blijkt dat de rechter ten gronde soeverein apprecieert of het nodig is een nieuwe expertise te bevelen van vleeswaren waarvan de inspecteur aanvoert dat zij een te grote hoeveelheid van een bepaalde stof bevatten. De rechter is dus niet gebonden door de feitelijke bevindingen van de inspecteur (7).

(1) Conclusies voor het Flandria-arrest. *Pas.*, 1920, I, 223.

(2) Bv. Hof van Beroep Luik, 19 juni 1934, *Pas.*, 1935, II, 78.

(3) Hof van Cassatie, 28 mei 1951, *Pas.*, 1851, I, 653; - Rechtbank Dendermonde, 4 februari 1952, *R.W.*, 1952-1953, 674. Correctionele Rechtbank, Nijvel, 21 februari 1964, *Rev. comm.*, 1964, 139. Hof van Beroep Luik, 24 november 1969, *Pas.*, 1970, II, 43; *Rev. comm.*, 1970, 189, *Jur. Liège*, 1969-70, 289.

(4) Hof van Cassatie, 16 mei 1968, *Pas.*, 1968 I, 1073; *Arresten*, 1968, 1142.

(5) Hof van Cassatie, 27 april 1962, *Pas.*, 1962, I, 938. Hof van Beroep Gent 25 november 1968, *R.G.A.R.*, 1970, 8359; *J.T.*, 1970, 205 met noot Favresse.

(6) Hof van Beroep Brussel, 19 februari 1969, *J.T.*, 1969, 241.

(7) Hof van Cassatie, 2 februari 1964, *Pas.*, 1964, I, 581.

Er is nog een ander domein waar de rechtbanken geneigd zijn een controle op de juistheid van de feitelijke vaststellingen door de overheid gedaan, uit te oefenen.

Artikel 23 van de wet van 17 april 1835 - nog steeds de gemene wet inzake onteigeningen - bepaalt dat de volgens die wetgeving verkregen gronden terug aangekocht kunnen worden door degenen van wie ze verkregen werden (of hun rechtsopvolgers), wanneer die gronden niet die bestemming van algemeen nut krijgen op grond waarvan de onteigening ervan werd toegestaan.

Daartoe moet het bestuur een bericht in die zin afkondigen; gebeurt dit niet, dan kunnen de rechthebbenden aan de rechtbank vragen de teruggave te bevelen, op de verklaring van het bestuur dat de gronden niet meer bestemd zijn voor de werken waarvoor ze werden aangeschaft.

Mogen de rechtbanken de juistheid van dit verklaring, of weigering tot verklaring in die zin, nagaan?

In een uitvoerig gemotiveerd arrest besliste het Hof van Beroep van Luik op 11 juli 1950 dat de rechterlijke macht bevoegd was om de werkelijke bedoeling van het bestuur na te gaan, en over de afwezigheid van een verklaring heen mocht stappen. De meest relevante overwegingen van dit arrest luiden als volgt:

"Que l'honnêteté s'y opposant le législateur de 1835 n'a évidemment pu imaginer que lorsqu'existe effectivement chez l'expropriant la volonté de ne pas exécuter les travaux prévus, le dit expropriant se refuserait cependant à la déclaration prévue à l'article 23;

Que c'est en raison d'une telle considération qu'il s'est borné à viser l'intervention d'une déclaration expresse mais qu'il n'est pas entré dans son intention de paralyser le droit qu'il accordait à l'exproprié de par cela seul que l'Administration se refuserait à une telle déclaration alors cependant qu'il est constant qu'elle n'entend plus passer à l'exécution des travaux;

Attendu que le juge étant autorisé à déduire des faits de la cause l'existence d'une volonté de renonciation, l'objection tirée par les appelants de la non-existence d'une déclaration formelle tombe" (1).

(1) Hof van Beroep van Luik, 11 juli 1950, *J.T.*, 1951, 180, met noot van Maurice André Flamme.

Het verdient opmerking dat wanneer de overheid, nadat het besluit dat de onteigening toestaat getroffen is, onroerende goederen in der minne verwerft, als regel in de overeenkomst een beding doet opnemen waarbij de verkopers afstand doen van hun recht die goederen terug in te kopen.

Even duidelijk is een arrest van het Hof van Cassatie van 18 maart 1948:

"overwegende dat uit die tekst (art. 23 van de wet van 17 april 1835) niet noodzakelijk blijkt dat de verklaring waarover het gaat, uitdrukkelijk moet zijn; dat anders beslissen, de onteigende zou blootstellen aan de willekeur van het beheer, dat aldus de onteigende goederen welke de bestemming niet meer moeten krijgen waarvoor de onteigening heeft plaatsgehad, door zijn stilzwijgen zou kunnen behouden; dat in de geest van het hierboven vermeld artikel ligt - artikel in de wet d.d. 17 april 1985 precies ingelast om dergelijke misbruik te voorkomen - dat de niet bestemming kan blijken uit feiten en vaststellingen welke de verzaking van het bestuur bewijzen" (1)

Het is echter op het gebied van de onteigeningen dat de rechter zich het verst gewaagd heeft op het pad van het toezicht op de feiten waarop de overheid haar optreden steunt. De eigen plaats die het onteigningsrecht bekleedt, met name wat betreft de procedure, verhindert dat men de daar gevolgde lijn zou doortrekken naar andere gebieden. Derhalve wordt aan de evolutie van de rechtspraak in zake onteigeningen een apart onderzoek gewijd.

(1) Hof van Cassatie, 18 maart 1948, *Arresten*, 1948, 161; *Pas.*, 1948, I, 178.

Vgl. het arrest van het Hof van Cassatie van 8 maart 1951 (*Arresten*, 1951, 390). Hoewel bepaald was in een overeenkomst, dat een aan de stad Oostende toebehorend braakliggend stuk grond slechts bezet mocht worden tot op de dag van de ingebruikneming van de herbouwde vismijn, en in feite door het publiek betreden werd, oordeelde het Hof dat de rechter ten gronde in feite had mogen vaststellen dat dat stuk grond toch geen deel uitmaakte van het openbaar domein.

§ 9. HET TOEZICHT VAN DE RECHTER BIJ ONTEIGENINGEN

- 38.- De beperkte opzet van deze paragraaf is de recente evolutie te schetsen van de rechtspraak met betrekking tot het toezicht door de rechten op de feitelijke omstandigheden die de onteigeningen omringen.
- 39.- Zoals Huberlant in zijn noot onder het principiële arrest van het Hof van Cassatie van 3 maart 1972 vermeldt is de onteigeningswetgeving praktisch van begin af aan, d.w.z. vanaf de wet van 8 maart 1810, een administratief curiosum geweest, doordat de administratie om te kunnen onteigenen, noodzakelijk een beroep moet doen op de rechter (1). Juist omwille van de grote rol die de rechter in deze materie toegemeten is, moet men voorzichtig zijn met het uitbreiden van de principes die de rechterlijke macht geleidelijk heeft ontwikkeld terzake, tot gebieden waar de rechterlijke functie een meer bescheiden plaats bekleedt.

Tot voor kort trouwens onderscheidde het wettigheidstoezicht van de rechter in zake onteigeningen zich weinig van het wettigheidstoezicht in het algemeen. Nog in 1933 besliste het Hof van Cassatie dat in de aan de gerechtelijke procedure voorafgaande administratieve fase, "l'expropriant agit à titre d'autorité souveraine et dans un domaine qui échappe au contrôle du pouvoir judiciaire"(2).

(1) "En effet, le juge est appelé à intervenir non simplement en cas de contestation, mais dans tous les cas : son intervention est toujours nécessaire pour donner son caractère pleinement exécutoire à la décision de l'autorité administrative et opérer le transfert de propriété". *R.C.J.B.*, 1972 p. 438.

(2) Hof van Cassatie, 30 maart 1933, *Pas.*, 1933, I, 185.

Vanaf 1950 is er een strekking in de rechtsleer en in de rechtspraak die geen onderscheid maakt tussen het legaliteitstoezicht in zake onteigeningen door de gewone rechtbanken enerzijds en de algemene bevoegdheid van de Raad van State om bestuurshandelingen wegens machtsoverschrijding of machtsafwending te vernietigen anderzijds (1).

Het is vooral na de inwerkingtreding van de wet van 16 juli 1962, waarin een nieuwe regeling voor de rechtspleging bij hoogdringende omstandigheden is opgenomen, dat voorbeelden van een verderreikend rechterlijk toezicht talrijker worden (2). Toch is dit nog lang niet de algemene regel. Heel wat uitspraken houden voor dat de rechter noch de opportuniteit noch de hoogdringendheid van de onteigening te beoordelen heeft, hoeveel jaren er ook verlopen mogen zijn tussen het koninklijk besluit dat de onteigening toestaat en de feitelijke tenuitvoerlegging ervan (3).

40.- Inmiddels was de rechtspraak van de Raad van State sinds het arrest Van Boxelaar van 17 februari 1962 vast gevestigd in de zin van de totale onbevoegdheid van de Raad van State, zowel wat de externe als de interne legaliteitscontrole van onteigeningsbeslui-

-
- (1) CAMBIER C. : "Le pouvoir discrétionnaire et le contrôle de la légalité" *J.T.*, 1952, 651.
 "Le contrôle de la légalité interne des actes de l'administration" *J.T.*, 1955, 50.
 HUBERLANT Ch. : "Le Conseil d'Etat et les compétences spéciales attribuées au pouvoir judiciaire" *J.T.*, 1953, 577.
 DEPONDT A., Noot onder Raad van State, 24 maart 1955, 4179, *T.B.P.*, 1955, 245.
 HOUTEKIER, A., "De bevoegdheidsregeling tussen Raad van State en Rechterlijke Macht", in : *Etudes en l'honneur de René Marcq*, n° 21, p. 63.
 Hof van Beroep Brussel, 18 november 1953, onuitgegeven, geciteerd door Huberlant, *art. cit.*, p. 453.
 Vrederegerecht Deinze, 8 maart 1956 en Rechtbank Gent, 21 juni 1957, *R.W.*, 1963-1964, 876 met noot Debaedts en *RCJB*, 1964, p. 57 noot Mast.
- (2) Vrederegerecht Mechelen Zuid, 23 maart 1962, *R.W.*, 1962-1963, 390.
 Vrederegerecht Ronse, 14 november 1964, *De Gemeente*, 1964, 436.
 Vrederegerecht Gembloers, 10 maart 1966, *Res et iura immobilia*, 1968, 364.
Jur. Liège, 1965-1966, 271.
 Vrederegerecht Durbuy, 4 november 1971, *Jur. Liège*, 1971-1972, 207.
- (3) Vrederegerecht Antwerpen, 2° kanton, 26 september 1966, *R.W.*, 1967-1968, 150.
 Vrederegerecht Anderlecht, 22 december 1967, *J.T.*, 1968, 101 ; *Rev. comm.*, 1968, 151.

ten betreft (1). Het duurde echter tot 3 maart 1972 vooraleer het Hof van Cassatie de gelegenheid kreeg om op die uitnodiging van de Raad van State in te gaan (2). Alsdan beslist het Hof, op een cassatieberoep tegen een arrest van de Raad van State waarin de onbevoegdheid van dat rechtscollège werd vastgesteld, dat de rechterlijke macht uitsluitend bevoegd is om zowel de inwendige als de uitwendige legaliteit van onteigeningsbesluiten te controleren. "Overwegende", zo zegt het Hof, "dat de aan de rechtbanken van de rechterlijke orde hier opgedragen bevoegdheid krachtens artikel 107 van de Grondwet niet beperkt is tot de controle op de externe wettelijkheid maar tevens die van de interne wettelijkheid omvat en zich uitstrekt tot het nagaan van het al dan niet bestaan van een overschrijding of afwending van macht"(3).

Daarmee is de eenheid van artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en 107 van de Grondwet bewerkstelligd, tenminste, wat dit laatste artikel betreft, in zake onteigeningen. Het Hof heeft er namelijk zorg voor gedragen in bovenstaande passus het woordje "hier" in te lassen, daarmede de draagwijdte van zijn dictum beperkend tot de wetgeving op de onteigeningen ten algemene nutte.

(1) Raad van State 27 februari 1962, n° 9213

Er moet evenwel opgemerkt worden dat deze onbevoegdheid alleen maar geldt ten aanzien van die verzoekers, wier eigendom of zakelijk recht door de onteigening getroffen wordt. Wanneer iemand de nietigverklaring vordert van een onteigeningsbesluit, niet als eigenaar van een zakelijk recht dat daardoor onteigend wordt, maar in een andere hoedanigheid bv. als buurman die beweert dat zijn zakelijk recht door de onteigening van de naburige percelen een waardevermindering ondergaat, dan blijft de Raad van State bevoegd. In het arrest "Telecoo" van 18 juni 1968, n° 13.032, werd dit onderscheid tot zijn uiterste consequentie doorgetrokken. Van eigendommen toebehorend aan de p.v.b.a. Telecoo werd de onteigening toegestaan. Deze vennootschap bezat echter ook onroerende goederen die niet onder het besluit vielen. Haar verzoek tot nietigverklaring van het onteigeningsbesluit was onontvankelijk in zoverre zij optrad als eigenares van de te onteigenen gronden maar wel ontvankelijk in zoverre zij optrad als eigenares van de gronden die niet onteigend worden, maar gelegen waren naast de te onteigenen gronden. Zie ook Raad van State, 11 december 1974, n° 16.159 ; *De Gemeente*, 1974, 297, met noot F. WASTIELS.

(2) Hof van Cassatie 3 maart 1972, *RCJB*, 1972, 431 met de reeds geciteerde noot van Huberlant ; *Arresten*, 1972, 606, met de belangrijke conclusies van procureur-generaal Ganshof van der Meersch ; *R.W.*, 1971-1972, 1633, eveneens met de conclusies van de procureur-generaal.

(3) *Arresten*, 1972, 618.

Overigens zijn met dit arrest, zelfs op dit enge veld, nog lang niet alle moeilijkheden van de baan geruimd. Niet alleen blijft de Raad van State bevoegd wanneer het verzoek geformuleerd wordt niet door de ont-eigenden zelf maar door belanghebbende derden (1), er is geen enkele waarborg dat wat het Hof onder machtsoverschrijding of machtsafwending zal verstaan, hetzelfde zal blijken te zijn als wat de Raad eronder verstaat. In § 13 worden enige recente voorbeelden gegeven van tegenstrijdige interpretatie van wat elk van deze rechtscolleges onder onwettigheid verstaat.

Evenmin, al heeft het Hof aan artikel 107 van de Grondwet een ruimere interpretatie gegeven dan tot dan toe gebruikelijk, wordt geen inzicht gegeven in de inhoud van de legaliteitscontrole zelf. De vormen van onwettelijkheid die men thans kent zijn : onwettelijkheid wegens vormgebreken, onbevoegd handelen, overschrijding van macht en machtsafwending. Is het mogelijk om een indeling te geven van de vormen van legaliteits-toezicht ? Het moge thans gepoogd worden.

§ 10. VOORSTEL VAN SCHEMA VAN DE LEGALITEITSCONTROLE

41.- De conformiteit aan de wet waarvan sprake in artikel 107 van de Grondwet is niet een eenvoudig, maar een meervoudig begrip. Bij het beoordelen van de legaliteit van een bestuurshandeling kunnen teminste drie elementen onderscheiden worden, die ieder op hun legaliteit getoetst kunnen worden. Er is op de eerste plaats de handeling zelf, er is verder het overheidsorgaan waarvan de handeling uitgaat, en er is tenslotte de wijze waarop de handeling tot stand komt, de besluitvorming dus.

Men kan ieder van deze drie elementen uitwendig en inwendig op zijn legaliteit toetsen, en zo komt men tot de volgende indeling :

A. De uitwendige legaliteit

(1) Zie voetnota (1) p. 29.

A. De uitwendige legaliteit

1. De uitwendige legaliteit van de handeling zelf betreft de door de wet opgelegde vormvereisten.
2. De uitwendige legaliteit van het overheidsorgaan betreft de bevoegdheid van dat orgaan. Als voorbeeld van onbevoegdheid kan gegeven worden een bouwvergunning afgeleverd door de gemeenteraad daar waar artikel 44 van de wet van 29 maart 1962 voorschrijft dat deze vergunningen door het college van burgemeester en schepenen afgeleverd moeten worden.
3. De uitwendige legaliteit van het besluitvormingsproces betreft de door de wet opgelegde procedure: termijnen, het inwinnen van adviezen, het horen van de belanghebbenden.

B. De inwendige legaliteit

1. De inwendige legaliteit van de overheidshandeling. Dit betreft de juistheid van de feiten waarop de handeling steunt.
2. De inwendige legaliteit m.b.t. het overheidsorgaan. Heeft het orgaan van de bevoegdheid aangewend overeenkomstig het doel van de wettelijke bepaling waaraan het zijn bevoegdheid ontleent? Dit is het vraagstuk van de machtsafwending.
3. De inwendige legaliteit van het besluitvormingsproces. Kan het besluit in redelijkheid gedragen worden door de elementen van de besluitvorming? Dit is het leerstuk van de marginale toetsing.

In de praktijk zal het niet altijd mogelijk zijn om de preciese reden van de onwettigheid aan te duiden, omdat de onwettigheid meer dan een categorie betreft. Zo staan b.v. machtsafwending en marginale toetsing dicht bij elkaar. Een onredelijk besluit schept a.h.w. een vermoeden van machtsafwending.

Men lette er wel op dat marginale toetsing als zodanig geen norm stelt. Het is een techniek die de rechter ter beschikking staat en die dikwijls gebruikt wordt bij toepassing van vage normen, daar waar de overheid over een grote mate van discretionnaire bevoegdheid beschikt.

Het komt nochtans voor dat de techniek gehanteerd wordt zonder enige normverwijzing.

42.- Kan men zeggen dat artikel 107 van de Grondwet de rechtsprekende instanties verplicht om al de voorgaande facetten van de legaliteitscontrole uit te oefenen? De besprekingen in het Congres geven geen opheldering. De rechtbanken van de rechterlijke orde beperken zich gewoonlijk tot de controle van de externe legaliteit. Alleen in zake onteigeningen wordt ook de inwendige legaliteit gecontroleerd, maar er zijn (nog) geen voorbeelden van toepassing van de leer van de marginale toetsing. Anderzijds wordt machtsafwending in het algemeen gesanctionneerd wanneer de illegaliteit uit de bestreden akte zelf blijkt, d.w.z. wanneer de overheid in haar handeling zelf zegt dat zij optreedt met een ander doel dan dat waarvoor haar die gevoegdheid gegeven werd. Dit duidt meteen op het beperkte nut van de aldus in zijn toepassing beperkte sanctionering van de machtsafwending. Bij echte machtsafwending zal de overheid er wel zorg voor dragen haar illegale doelstelling te verbergen.

Alleen de rechtspraak van de Raad van State beweegt zich over het volledig spectrum van de legaliteitscontrole.

§ 11. DE RAAD VAN STATE ALS BESCHERMER VAN DE RECHTSONDERHORIGEN

- 43.- Het is niet de bedoeling hier een overzicht te geven van de rol van de Raad van State op dit punt, maar enkel de aandacht te vestigen op sommige aspecten ervan.
- 44.- Het Flandria-arrest kon de oprichting van een Raad van State wel uitstellen maar niet tegenhouden (1). Na een lange parlementaire voorbereiding werd op 23 december 1946 de wet houdende de oprichting van de Raad van State goedgekeurd (2).

De voornaamste bevoegdheid, althans op het gebied van de rechtsbescherming was en is de in het toenmalig artikel 9 van de wet vervatte annulatiebevoegdheid van bestuurshandelingen wegens het niet naleven van substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvereisten, machtsoverschrijding en machtsafwending.

-
- (1) Lezenswaardig in dit opzicht is de hevige reactie van Paul Leclercq in zijn noot onder het arrest van het Hof van Cassatie van 11 mei 1933, *Pas.*, 1933, I, 222-223, waar hij verontwaardigd reageert tegen de uitspraken van Orban als zou het Flandria-arrest te danken zijn aan de vrees van het Hof van Cassatie voor de oprichting van een Raad van State.
- (2) Voor een uitstekend overzicht van de wordingsgeschiedenis van de Raad van State, zie de toelichting in de *Pasynomie* 1946, p. 1065-1383.

45.- Professor Cambier verdedigt de stelling dat er geen verschil in omvang is tussen de legaliteitscontrole van artikel 107 van de Grondwet en deze toegekend aan de Raad van State. Alleen de sanctie is verschillend (1).

Het lijkt inderdaad redelijk om aan de organen van de rechterlijke macht en aan de Raad van State dezelfde bevoegdheid toe te kennen inzake legaliteitstoezicht. Dat niet te doen kan tot onheilzame gevolgen leiden, omdat daardoor de mogelijkheid geopend wordt om dat deel van het toezicht dat aan de rechtbanken zou ontsnappen, door de Raad van State te laten uitoefenen. Dat was trouwens de stelling van de eiseressen in cassatie, in het arrest van 3 maart 1972. De daaruit voortvloeiende gedeelde bevoegdheid is een bron van conflicten, en dat is op zichzelf een ongewenste toestand.

Toch moet er op gewezen worden dat een argument tegen een gelijkschakeling van het legaliteitstoezicht kan aangevoerd worden. Artikel 107 van de grondwet is een inbreuk op het principe van de scheiding der machten, en behoort derhalve beperkende geïnterpreteerd te worden. Gebeurt dit niet, dan kunnen de rechtbanken afglijden naar een positie waarin zij de administratie niet alleen controleren maar substitueren. Datzelfde argument, voortvloeiend uit de trias-leer, kan niet aan de Raad van State tegengeworpen worden, omdat de Raad zelf deel uitmaakt van de uitvoerende macht, zij het, dat de Raad daarin een rechtsprekende functie bekleedt (2).

(1) CAMBIER, C., *Le pouvoir discrétionnaire et le contrôle de la légalité*, *J.T.*, 1952, 651.

CAMBIER C., *Le contrôle de la légalité interne des actes de l'administration*, *J.T.*, 1955, 50.

CAMBIER C., *Principes du contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 1961, T.I., p. 271.

CAMBIER, C., Noot onder vredegerecht, Ukkel 22 juni 1956, *J.T.*, 1956, 480.

(2) Dit is tenminste zo in theorie. De voorbereidende werken van de wet van 23 december 1946 laten op dat punt geen ruimte voor twijfel. In feite echter kan men professor Cambier's stelling onderschrijven dat het onderscheid tussen de Raad en de rechterlijke macht er meer een is van graad dan van hoedanigheid.

Er is evenwel geen uitdrukkelijke tekst die de gelijkschakeling van het legaliteitstoezicht, zoals dit voor de Raad in artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, en voor de rechterlijke macht in artikel 107 van de Grondwet, is neergelegd, in de weg staat, en in het belang van een goede rechtsbedeling moet voor de gelijkschakeling gepleit worden. Dit wordt mede vergemakkelijkt doordat ook de Raad van State weigert zich in de plaats van het bestuur te stellen, en - in principe althans - de opportuniteit van een bestreden bestuurshandeling niet beoordeelt.

- 46.- In feite echter moet men vaststellen dat de Raad als beschermer van de rechtsonderhorige doeltreffender optreedt dan de organen van de rechterlijke macht. Er werd reeds aangetoond dat de rechterlijke macht zich beperkt tot de controle van de uitwendige legaliteit, met uitzondering van het onteigeningscontentieux, terwijl de Raad van State een veel verderreikend toezicht uitoefent, met name door middel van de marginale toetsing, de controle van de juistheid van de feiten waarop de bestreden handeling berust, en door over de toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te waken. Vooral dit laatste element is zo belangrijk, dat er een apart hoofdstuk aan gewijd wordt, zodat er hier niet verder over moet uitgeweid worden.

Ook het feit dat men voor de Raad van State slechts van een benadeling of belang moet doen blijken om zijn vordering ontvankelijk te horen verklaren, daar waar in principe voor de rechterlijke macht alleen een geschonden recht *locus standi* geeft (1) bezorgt aan de Raad van State grotere armslag dan aan de rechtbanken van de rechterlijke macht. Dit onderscheid is evenwel aan het vervagen sinds het Hof van Cassatie, op 16 januari 1939 bepaalde dat ook schade voortvloeiende uit een inbreuk op een rechtmatig belang, voor vergoeding op grond van artikel 1382 B.W. in aanmerking komt (2). Dit standpunt werd regelmatig bevestigd. Een spectaculaire toepassing is het arrest van het Hof van Cassatie van 23 april 1971, waarbij beslist werd dat het verzuim door de overheid om de

(1) Artikel 19 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, artikels 92 en 93 van de Grondwet.

(2) *Pas.*, 1939, I, 25 ; zie ook Hof van Cassatie 26 juni 1967, *R.W.*, 1967-1968, 786.

nodige maatregelen te nemen tot uitvoering van het koninklijk besluit van 30 november 1950 (dat de mogelijkheid opent voor nader aan te duiden ambtenaren om gratis een woning te betrekken) aanleiding geeft tot het betalen van een schadevergoeding aan de door dat verzuim getroffen ambtenaar. Uitdrukkelijk stelt het Hof dat er hier geen (subjektief) recht op "vrije woning" voorhanden is (1).

Het blijft evenwel twijfelachtig of het belang ook door de rechtbanken zal beschermd worden wanneer de inbreuk niet rechtstreeks gebeurt, maar via de omweg van artikel 107 van de Grondwet moet vastgesteld worden.

Tenslotte beschikt de Raad ook over uitgebreidere machten om de medewerking van de in het geschil betrokken besturen af te dwingen dan bij de rechtbanken het geval is. Artikel 23 van de gecoördineerde wetten is op dat punt duidelijk :

"De afdeling administratie voert rechtstreeks briefwisseling met de ministers, de provincie-gouverneurs, de gemeentelijke overheden en de ondergeschikte openbare besturen.

Zij is gerechtigd alle bescheiden en inlichtingen omtrent de zaken waarover zij zich uit te spreken heeft, door deze overheden en besturen te doen overleggen."

Ook artikel 25 is van belang. Het stelt de Raad in staat de nodig geachte onderzoeksmaatregelen te bevelen.

§ 12. DE BEVOEGDHEIDSAFBAKENING TUSSEN HET HOF VAN CASSATIE EN DE RAAD VAN STATE

47.- Anderzijds heeft het naast elkaar bestaan van twee soorten rechtsprekende instanties ook voor de rechtsbescherming nadelige gevolgen doordat er onvermijdelijk bevoegdheidsconflicten ontstaan : de onzekerheid omtrent de bevoegdheidsafbakening is storend voor de rechtszekerheid en onaanvaardbaar voor de rechtsonderhorigen die erbij betrokken zijn.

48.- De grondslag voor de bevoegdheidsaflijning moet gezocht worden in de ar-

(1) Hof van Cassatie, 23 april 1971, *Arresten*, 1971, 786 (met conclusies van advocaat-generaal Dumon).

Zie ook : Hof van Cassatie, 4 januari 1973, *Arresten*, 1973, 452.

tikels 92 en 93 van de Grondwet. Tijdens de bespreking van de wet op de Raad van State werd ook op dit probleem ingegaan. Het antwoord van verslaggever Van Remoortel, in de Senaat, aan Pholien, vat op uitstekende wijze de toestand ter zake samen : "M. Pholien sait comme nous, qu'il est impossible de donner une définition du droit civil. Celle-ci résulte de la jurisprudence qui comme il le dit, est mouvante et, j'ajoute, progressive depuis 1920, depuis le fameux arrêt de cassation" (1).

Daar de Raad alleen maar bevoegd zou zijn voor betwistingen waar geen andere rechtsgangen openstonden m.a.w. ten overstaan van andere rechtscolleges alleen maar over een residuaire bevoegdheid beschikte (2) en met name niet mocht oordelen over betwistingen die door artikel 92 van de Grondwet aan de rechterlijke macht worden voorbehouden, had men kunnen verwachten dat er nu eindelijk een bruikbare omschrijving van het begrip burgerlijke en politieke rechten ging gegeven worden.

Evenwel, het aantal arresten dat het Hof van Cassatie in toepassing van artikel 20 (thans artikels 33 en 34) van de wet van 23 december 1946 gewezen heeft, is verrassend gering, en, wat de voorgestelde verwachting

(1) Handelingen Senaat, 1946-1947, p. 207.

(2) Verklaring van minister Van Glabbeke : "Par contre je tiens à déclarer que dans l'esprit du gouvernement, il ne peut être question de recours parallèles. En d'autres mots, ainsi que l'a déclaré l'honorable M. Collard, pour que la partie demanderesse qui justifie d'une lésion ou d'un intérêt soit recevable, il faut qu'il n'existe pas d'autre voie de contentieux qui s'offre à elle. Cela va de soi. Pour ma part je ne verrais cependant aucune inconvénient à me rallier à un amendement qui préciserait à l'article 11 que les demandes, difficultés et recours visés aux articles 7, 8, 9 et 10 peuvent être portés devant la section d'administration par toute partie justifiant d'une lésion ou d'un intérêt légitime et à laquelle aucune autre voie de contentieux n'est ouverte".

Si semblable amendement n'était pas déposé, il n'en resterait pas moins acquis que les recours parallèles doivent être exclus, puisque je constate que sur tous les bancs les membres de cette Chambre me font signe pour marquer leur accord et que moi-même je ne fais sur ce point important que traduire fidèlement la volonté du gouvernement."

Behandeling in de Senaat : Rolin : "Je n'ai pas dit qu'il fallait nécessairement s'adresser d'abord au pouvoir judiciaire. Ce que je dit, c'est qu'il ne peut y avoir double compétence.

Et la compétence du pouvoir judiciaire telle qu'elle existe actuellement en vertu de notre législation, interprétée par le pouvoir judiciaire, demain comme aujourd'hui, demeure intacte et non diminuée".

(Handelingen 1946-1947, 5 december 1946, p. 194)

*(Handelingen Kamer, 13 december 1945, zitting 1945-1946, p. 135)

betreft, teleurstellend.

- 49.- Tot 1952 overheerste trouwens de mening in de Raad van State dat attributieconflicten zoniet uitgesloten, dan toch haast onmogelijk waren. De Raad toetst immers de bestuurshandeling aan het objectieve recht, waarbij de subjectieve rechten van de verzoeker buiten beschouwing blijven. Het is niet de schending, eventueel, van een subjectief recht dat tot de vernietiging van een bestuurshandeling kan leiden, maar wel de schending van de objectieve rechtsregel die aan het subjectieve recht ten grondslag ligt. Een ander argument nog is dat de sanctie door de Raad uitgesproken verschilt van de sanctie die de rechterlijke macht kan hanteren, en dat verschil in resultaat impliceert dat er geen "recours parallèle" is en dus dat de Raad bevoegd blijft (1).

Wat er ook van zij, in twee arresten van 27 november 1952 besliste het Hof van Cassatie in een zeer bondige overweging "dat ongetwijfeld, zoals het bestreden arrest het doet opmerken, de bevoegdheid door de aard van de eis wordt bepaald, maar dat de Raad van State niet noodzakelijk bevoegd is wanneer het verhaal, naar zijn bewoordingen, tot de vernietiging van een administratieve beslissing strekt en geen vordering tot betaling begrijpt ; dat bij het onderzoek naar de bevoegdheid er op het werkelijk voorwerp van het verhaal dient gelet"(2). Het Hof vermeed echter een duidelijke definitie te geven van burgerlijke en politieke rechten, en men ging voort van geval tot geval te bepalen welke rechten burgerlijk en welke rechten politiek van aard waren (3). Terecht spreekt professor Mast van het "fétischisme du droit civil" (4). De door het arrest van 21 december 1956 gewekte hoop op een ruimere interpretatie van het begrip politiek recht werd door et arrest van 28 mei 1958 weer teniet gedaan (5).

(1) CAMBIER, G., *"L'annulation pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat"*. Brussel, Larcier, 1951, 67 en 68.

(2) Hof van Cassatie, 27 november 1952, *Arresten* 1953, 164; *Pas.*, 1952, I, 248.

(3) Zie het reeds geciteerde proefschrift van Lenaerts.

(4) MAST A., Les fondements constitutionnels de la juridiction administrative, *RJDA*, 1956, 81 e.v.

(5) Hof van Cassatie, 21 december 1956, *Pas.*, 1957, I, 430, met conclusies van advocaat generaal Ganshof van der Meersch.
Hof van Cassatie, 28 mei 1958, *Arresten*, 1958, 769.
Zie ook Hof van Cassatie, 16 december 1965, *Pas.*, 1966, I, 513.

50.- Maar het criterium van het werkelijk voorwerp van de vordering - afgezien nog van het ontbreken van een definitie van "burgerlijke" en "politieke rechten" - volstaat niet om toekomstige bevoegdheidsconflicten te vermijden. De vernietiging van een bestuurshandeling zal in zeer veel gevallen een weerslag hebben op de financiële toestand van de betrokken partijen, en het lijkt er wel op dat in de rechtspraak van het Hof van Cassatie veranderingen in iemands patrimoniële toestand betrekking hebben op burgerlijke rechten. Een consequent doortrekken van voormeld criterium leidt haast zeker tot een sterke inperking van 's Raads bevoegdheden. Vermoedelijk heeft dit argument dan ook meegespeeld toen het Hof van Cassatie, precies vijf jaar na de arresten van 27 november 1952, besliste" dat het van belang ontbloom is dat de te nemen beslissing gevolgen kan hebben voor de uitoefening van zijn (eisers) burgerlijk recht op bezoldiging naardien deze invloed slechts onrechtstreeks en bijkomend is"(1). Het belang van deze uitspraak is blijkbaar aan de commentatoren ontgaan. In casu ging het om een weigering van een machinist om als getuige op te treden in een onderzoek naar de oorzaken van een ongeval. Omwille van deze weigering werd aan de machinist een tuchtsanctie opgelegd. Vernietiging van deze sanctie door de Raad van State zou onvermijdelijk een invloed hebben op het "burgerlijk recht op de bezoldiging van de machinist". Naar het oordeel van het Hof was die invloed slechts bijkomend en onrechtstreeks, zodat de Raad bevoegd bleef om kennis te nemen van het verzoek tot nietigverklaring van de tuchtsanctie.

51.- Niet alleen dus wordt de bevoegdheidsafbakening tussen de Raad en de rechterlijke macht afhankelijk gemaakt van de interpretatie van de artikels 92 en 93 van de Grondwet, en van het werkelijk voorwerp van de vordering, ook moet nog gezocht worden naar de al dan niet "bijkomende en onrechtstreekse" invloed van de eventuele vernietiging van een bestuurshandeling op de burgerlijke rechten van verzoekers.

(1) Hof van Cassatie, 27 november 1957, Arresten 1958, 190.

§ 13. DE GELDING VAN DE ARRESTEN VAN DE RAAD VAN STATE. TEGENSTRIJDIGHEDEN TUSSEN DE RECHTSPRAAK VAN HET HOF VAN CASSATIE EN DE RAAD VAN STATE

52.- Het moge dan al voor de bescherming van de rechtsonderhorigen op het eerste zicht een verheugend verschijnsel zijn dat het Hof van Cassatie zich niet vaak over attributieconflicten uit te spreken heeft - dergelijke conflicten zijn immers op zichzelf bron van rechtsonzekerheid en van onrechtvaardigheid - toch wil dit niet zeggen dat er zich daarbuiten geen voor de rechtzoekende frustrerende tegenstrijdigheden tussen de rechtspraak van beide rechtscolleges kunnen voordoen.

Ten eerste weze-gesteld dat de rechtbanken wel gebonden zijn door de vernietigingsarresten van de Raad van State - de vernietiging geldt erga omnes (1), maar het is onduidelijk of dezelfde regel ook geldt wanneer de Raad van State een verzoek verworpen heeft. Alleszins schijnt vast te staan dat een dergelijke beslissing niet erga omnes geldt. Maar bindt zij de rechter wanneer dezelfde partij, wiens verzoek door de Raad verworpen werd, aan de rechtbanken van de rechterlijke macht een eis tot schadevergoeding voorlegt gesteund op de illegaliteit van de bestuurshandeling? De voorbereidende werken geven geen opheldering. Alleen Ganshof van der Meersch aanvaardt dat het afwijzende arrest tussen partijen gezag van gewijsde heeft wat betreft de elementen van de zaak waarover de Raad zich beraden heeft (2). Deze oplossing lijkt logisch, maar leidt tot de eigenaardige vaststelling dat de rechtbanken wel gebonden zijn door de afwijzende uitspraak van de Raad wanneer dezelfde persoon in de twee gedingen betrokken is, maar niet wanneer een andere persoon de vordering voor de rechtbank inleidt dan deze wiens verzoek door de Raad is verworpen, al hebben beide vorderingen hetzelfde voorwerp, namelijk de illegaliteit van een en dezelfde bestuurshandeling te doen vaststellen.

(1) Parlementaire Documenten, Senaat, buitengewone zitting 1939, n° 80, p. 37. Parlementaire Handelingen Senaat, buitengewone zitting, 1939, p. 610. VELGE H., *La loi du 23 décembre 1946 instituant un Conseil d'Etat en Belgique*, n° 131, p. 187. Conclusies eerste advocaat-generaal Ganshof van der Meersch voor Hof van Cassatie 16 december 1965, *Pas.*, 1966, I, 513, speciaal p. 524 en 525.

(2) Zie de in vorige voetnoot geciteerde conclusies p. 525 en 526.

- 53.- Botsingen tussen Hof en Raad over wat onwettelijk is en hoever hun toezicht op het bestuur reikt, komen niet alleen maar voor, zij zijn ook, in het huidige positief recht, onoplosbaar.

Hiervoor werd er reeds op gewezen dat de rechtbanken bevoegd zijn om de wettelijkheid van onteigeningsmaatregelen te onderzoeken, maar alleen m.b.t. die personen wier eigendom of zakelijk recht onder de onteigening valt. De Raad blijft bevoegd wanneer andere belanghebbenden zich beklagen over onteigeningsmaatregelen. Het is dus niet uitgesloten dat de rechterlijke macht concludeert tot de wettelijkheid van een onteigening en de Raad later, op verzoek van belanghebbenden derden, de nietigheid uitspreekt van dezelfde onteigening (1).

De omgekeerde situatie kan zich ook voordoen. Op 23 juni 1970 oordeelde het Hof van Cassatie dat het koninklijk besluit van 5 juli 1967, houdende goedkeuring van het reglement van beroepsplichten van de architecten, onwettelijk was en derhalve niet voor toepassing in aanmerking kwam wegens het niet naleven van substantiële vormvereisten, terwijl de Raad van State op 27 juni 1972 tot de conclusie kwam dat bedoeld koninklijk besluit wel wettelijk was (2).

- 54.- Dat de tegenstelling tussen beide rechtscolleges ook andere, maar daarom niet minder kwalijke vormen kan aannemen, moge het volgende voorbeeld aantonen.

(1) Bij Koninklijk Besluit van 28 november 1969 werd de stad Bergen toegestaan bepaalde gronden te onteigenen. De onteigening werd verwezenlijkt door vonnis vande vrederechter van 21 april 1971. Het koninklijk besluit werd vernietigd door de Raad van State op 11 december 1973 (arrest n° 16159). Zie de interessante noot van F. WASTIELS onder dit arrest in *De Gemeente*, 1974, p. 297-305.

(2) Hof van Cassatie, 23 juni 1970, *R.W.*, 1970-71, 601, met noot Dumon. Raad van State, 27 juni 1972, n° 15385. Overigens vernietigde de Raad van State, in een later arrest, de artikels 13 al. 2 en 14 al. 1 van het beroepsplichtenreglement, omdat de Nationale Raad van de Orde van Architecten de bevoegdheid miste de in die twee alinea's neergelegde verplichtingen op te leggen (Raad van State 18 januari 1974, *Tijdschrift voor Aannemingsrecht* 1974, p. 31-43, met noot M.A. Flamme). Zie ook : Michel MAHIEU. Heurs et malheurs du règlement de déontologie de l'Ordre national des architectes, *J.T.*, 1974, 185-186.

De gemeenteraden van Wilrijk en Borsbeek hadden respectievelijk op 30 maart en 27 juni 1962 een identiek belastingreglement goedgekeurd waarbij o.a. op opslagplaatsen van tweedehandswagens, gelegen op minder dan 100 meter in vogelvlucht van de openbare weg, een belasting geheven werd. Het ligt voor de hand dat hier vooral een esthetisch doel nagestreefd werd, want vanuit fiscaal oogpunt is er geen reden om een onderscheid te maken tussen opslagplaatsen op meer en op minder dan 100 meter van de openbare weg. De toezichthoudende overheid verleende de vereiste goedkeuringen.

Tegen het belastingreglement van Borsbeek werd tijdig een verzoekschrift tot nietigverklaring ingediend bij de Raad van State.

In zijn arrest van 11 juni 1964 vernietigde de Raad het reglement onder de overweging, "dat de belasting door het bestreden besluit ingevoerd, geheven wordt wegens de exploitatie van een bepaald soort van handelsbedrijven, en dat de tegenpartij niet aantoonde dat zij daarmee een ander geoorloofd oogmerk nastreeft dan de verhoging van de ontvangsten die de algemene uitgaven van de gemeente moeten dekken ; dat er geen kenmerkend verband is, tussen enerzijds de aard van die belasting en het oogmerk dat de heffing ervan moet geacht worden te dienen, en anderzijds de ligging van de exploitatiezetel van de belaste bedrijven op minder dan 100 meter van de openbare weg" (1).

Het reglement van de gemeente Wilrijk was niet ter vernietiging aan de Raad van State voorgelegd, maar nadat de belasting ingekohierd was weigerde een van de belastingplichtigen te betalen, zich beroepende op de onwettigheid van de belasting. Het Hof van Cassatie, op 29 oktober 1969, dacht er evenwel anders over : "Overwegende anderszijds, dat de beoordeling van de opportuniteit van een belastingverordening niet aan de rechterlijke macht behoort ; dat het volstaat dat de verordening van fiskale aard is, dat wil zeggen een heffing instelt op eigen gezag door de gemeente verricht op de geldmiddelen van personen die haar grondgebied bewonen of er belangen bezitten, om tot diensten van openbaar nut te worden aangewend." (2)

Waar het Hof alleen maar een betwisting over de opportuniteit in zag, bespeurde de Raad van State terecht een legaliteitskwestie. De honderdmeter grens schept een ongelijkheid tussen belastingplichtigen wier situatie

(1) Raad van State, 11 juni 1964, n° 10675.

(2) Hof van Cassatie, 29 oktober 1969, *R.W.*, 1968-1969, 979.

overigens geen juridisch relevante verschillen toont. Het spreekt vanzelf dat deze ongelijkheid getoetst moet worden aan artikel 6 van de Grondwet. Ten deze heeft de gemeente het bewijs niet geleverd dat het om een met artikel 6 verenigbare discriminatie ging.

55.- Deze gevallen tonen tevens aan hoe moeilijk het is een lijn te trekken tussen de wettelijkheid van een bestuurshandeling enerzijds en haar opportuniteit anderzijds. Waar zowel het Hof van Cassatie als de Raad van State regelmatig herhalen dat zij niet te oordelen hebben over de opportuniteit van de bestuurshandelingen, is het toch zo dat de wettelijkheid van de handeling zelf vaak alleen maar vastgesteld kan worden door na te gaan op welke wijze de overheid van haar discretionnaire bevoegdheid heeft gebruik gemaakt, en het is volslagen onmogelijk om daarbij niet in meerdere of mindere mate over de opportuniteit te oordelen.

§ 14. *AFWEZIGHEID VAN RECHTSBESCHERMING*

56.- De oprichting van de Raad van State heeft niet tot gevolg gehad dat eenieder die zich in zijn rechten of belangen gekrenkt voelde, toegang had tot een rechtsprekende instantie.

Er werd hiervoor reeds vermeld dat de vordering voor de Raad van State niet ontvankelijk is wanneer in casu een bijzondere rechtsgang bestaat (1). Deze oplossing is onbetwistbaar wanneer het de verzoeker zelf is die een beroep kan doen op die bijzondere rechtsgang. Maar geldt zij ook wanneer er wel een bijzondere rechtsgang bestaat, maar deze niet ter beschikking van de verzoeker staat ?

In twee arresten van 20 oktober 1971 heeft de Raad van State, op strijdig advies van substituut auditeur-generaal Grommen, deze vraag bevestigend beantwoord (2). Het bestaan van een bijzondere rechtsgang ook al staat hij niet voor alle belanghebbenden open, maakt de Raad van State onbevoegd om op vordering van wie dan ook kennis te nemen van het verzoek tot nietig-

(1) Zie voetnota n° 2 p. 36.

(2) Raad van State, 20 oktober 1971, n° 14954 en 14955.

verklaring van het besluit dat via de bijzondere rechtsgang kan aangevochten worden.

De feiten waren de volgende. De provinciale raad van de orde der geneesheren van Antwerpen had aan sommige geneesheren, op straffe van disciplinaire maatregelen, verbod opgelegd om verder te werken in een medisch centrum, tenzij bepaalde bedingen van het kontrakt, dat tussen de geneesheren en het medisch centrum was afgesloten, gewijzigd werden. Artikel 16 van de alsdan vigerende wet van 25 juli 1938 bepaalde dat tegen de beslissingen van de provinciale orden beroep openstond bij de Gemengde Raad van Beroep, maar alleen voor de voorzitter van de Raad, de magistraat die ervan deel uitmaakte en van de partijen. De beslissingen van de Gemengde Raad van Beroep waren vatbaar voor cassatieberoep.

Het medisch centrum, dat geen mogelijkheid had om van deze speciale rechtsgang gebruik te maken, - het was geen partij in de zin van artikel 16 voornoemd - vroeg aan de Raad van State de vernietiging van het verbod van de provinciale raad. Juist omwille van het feit dat verzoekster over geen andere mogelijkheid beschikte om de voor haar nadelige beslissing te betwisten achtte het auditoraat de eis ontvankelijk.

De redenen die de Raad tot zijn oordeel geleid hebben, mogen overigens buiten beschouwing blijven. Feit is dat dit voor verzoekster betekende dat zij zich bij de uitspraak van de provinciale raad moest neerleggen. Zij kon weliswaar de geneesheren voor de rechtbank dagen teneinde hen te horen veroordelen het kontrakt na te leven, maar de geneesheren zouden zich kunnen verschuilen achter de beslissing van de provinciale raad, en hoewel, er geen uitdrukkelijke uitspraak van het Hof van Cassatie in die zin is (1), mag toch aangenomen worden dat de uitspraken, van de provinciale raad van jurisdictionele aard zijn, en dus niet door de rechtbanken aan artikel 107 van de Grondwet getoetst mogen worden (2).

Overigens mag men zeggen dat de gevallen waar helemaal geen rechtsbescherming voorhanden is, eerder schaars zijn.

(1) Hof van Cassatie, 13 oktober 1969, *Arresten* 1970, 156, *Pas.*, 1970, I, 137.

(2) Zie het arrest in vorige voetnoot vermeld; het principe werd uitdrukkelijk bevestigd in Hof van Cassatie 4 maart 1942, *Arresten* 1942, 24, met conclusies A.G. Hayoit de Thermicourt; *R.J.D.A.*, 1946, 22, met noot P. De Visscher.

§ 15. HET PARLEMENT EN DE SCHEIDING DER MACHTEN

- 57.- Ook het parlement beschikt over een uitgebreid gamma mogelijkheden om de belangen van de burgers, individueel gezien, te behartigen, en zo nodig tegen machtsmisbruik, onverschilligheid of onwil van het bestuur te beschermen (1). Maar met Delva kan men zeggen dat deze mogelijkheden niet geven wat men er van zou kunnen verwachten, "omdat op het parlementair vlak de aanspraken op individueel rechtsherstel moeten wijken voor overwegingen van algemeen politieke aard"(2). Reeds De Brouckère en Tielemans hadden de wijsheid van deze vaststelling ingezien (3).
- 58.- Toch is het in de Belgische parlementaire geschiedenis eenmaal voorgekomen dat een regering ontslag heeft moeten nemen nadat het vertrouwen aan de regering geweigerd werd om reden dat zij een ernstige inbreuk gepleegd had op het principe van de scheiding der machten. Het betrof de regering Van Acker, die op 11 juli 1946 met een stem meerderheid het vertrouwen werd geweigerd in de Senaat. De crisis eindigde met het ontslag van de regering en de vorming van de regering Huysmans op 3 augustus 1946.

Het begin van de crisis was het antwoord van de Minister van Justitie, Van Glabbeke, op de samengevoegde interpellaties van de volksvertegenwoordigers Hoyaux, Vercauteren en Demany. Deze hadden betrekking op de repressie van de economische collaboratie. In het uitvoerig antwoord dat de Minister op 11 juni verstrekke, interpreteerde hij herhaalde malen artikel 115 van het Strafwetboek, dat de economische collaboratie be- teugelt, alsook twee circulaires van de auditeur-generaal Ganshof van der Meersch desbetreffend respectievelijk van 9 juli 1945 en 13 mei 1946. In de loop van zijn antwoord gaf de Minister wat hij noemde voorbeelden van gevallen die naar zijn mening niet onder artikel 115 vielen. Overigens

(1) SUTENS, L.P. Burger en Bestuur, *Bestuurswetenschappen*, 1972, 173-175.

(2) DELVA, J., Het rechtstreeks bestrijden van overheidsdaden voor de burgerlijke rechtscollages, *TPR*, 1967, 383.

(3) DE BROUCKERE en TIELEMANS, *Répertoire*, V° Compétence, p. 189.

beloofde hij dat de vervolging inzake economische collaboratie met bewakwame spoed en de nodige gestrengheid zouden worden voortgezet (1).

Daarmee scheen het incident gesloten, maar op 3 juli 1946 interpeleerde senator Rolin de Minister van Justitie, "aangaande de misplaatste, onnauwkeurige of ongelegen verklaringen die hij in de Kamer der Volksvertegenwoordigers op 11 juni l.l. heeft gemeend te moeten afleggen betreffende de draagwijdte van de besluitwet van 25 mei 1945, waarbij artikel 115 van het Wetboek van Strafrecht gewijzigd wordt, en betreffende de zeer duidelijke toelichting welke de heer Spaak had verstrekt omtrent de opdracht die op 23 mei 1940 aan de heer Galopin en consoorten door de regering werd gegeven" (2).

Op een ongewoon felle toon beschuldigde Rolin de Minister ervan druk uit te oefenen op de rechterlijke macht, meer bepaald doordat de voorbeelden die hij gebruikt had voor de interpretatie van artikel 115, rechtstreeks betrekking hadden op een zaak die hangende was voor het Krijgshof (de zaak "Petrofina"). De advocaten van de verdachten hadden trouwens niet nagelaten de uitspraken van de Minister in hun betoog aan te halen. In de interpellatie werd ook gewag gemaakt van een brief van de eerste voorzitter van het Krijgshof, Loppens, gericht aan de voorzitters van het Hof en van de Krijgsraden, waarin de Minister op scherpe wijze terechtgewezen werd. Het antwoord van de Minister op 23 juni, dat ook publiek gemaakt werd, werd gevolgd door en eveneens openbaar gemaakt repliek van de eerste voorzitter op 26 juni, waarin de beweringen van de minister weerlegd werden, en deze er bovendien van beschuldigd werd aan de eerste voorzitter te hebben medegedeeld welk belang hij aan de zaak "Petrofina" hechtte. Ook op dit punt eiste de interpellant opheldering (3).

Het antwoord van de minister was nogal verward. Hij beweerde niet aan Petrofina gedacht te hebben in zijn antwoord op de interpellatie in de Kamer, en wat het onderhoud betrof waarvan sprake in de tweede brief van de eerste voorzitter, zie hij dat het ging om een beleefdheidsbezoek bij zijn aanstelling als minister. Het gesprek dat toen had plaatsgevonden

(1) Handelingen Kamer, buitengewone zitting 1946, 11 juni 1946, p. 535-570.

(2) Handelingen Senaat, buitengewone zitting 1946, 3 juli 1946, p. 491.

(3) Handelingen Senaat, buitengewone zitting 1946, 3 juli 1946, p. 491-499.

was van algemene aard geweest, waarbij misschien, maar dan alleszins incidenteel, de zaak Petrofina te berde was gebracht (1).

Toen de bespreking werd voortgezet op 9 juli, las de minister een derde brief voor van de eerste voorzitter, waarin deze op gedetailleerde wijze beschreef dat het gesprek over Petrofina had plaatsgehad tijdens een tweede bezoek aan de minister, op diens uitdrukkelijke uitnodiging. Uit het antwoord van de minister aan de eerste voorzitter, bleek dat er inderdaad een tweede bezoek geweest was, en de minister gaf toe dat er misschien wel over de zaak Petrofina gesproken was geweest (2).

Een motie van vertrouwen was door de meerderheid ingediend, luidende :

"De Senaat - Gehoord de interpellatie van de heer Rolin en de uitleg van de minister van Justitie. Drukt zijn vertrouwen uit in de regering om de scheiding der machten in hun onderlingen eerbied te doen naleven en om het gerecht toe te laten in volle onafhankelijkheid het gewichtige werk der bestraffing, vooral op gebied van economische collaboratie voort te zetten door een stipte toepassing der van kracht zijnde wetgeving."

De regering had haar lot aan dat van de minister van Justitie verbonden. Met 79 stemmen tegen 78 bij drie onthoudingen werd de motie verworpen. Er moge aan toegevoegd worden dat de regering Van Acker slechts drie maanden oud was. Rolin, de voorganger van Van Glabbeke op het ministerie van Justitie, had zich bij de stemming onthouden.

Buiten dit ene geval - en dan nog strekte het niet bepaald ter bescherming van de vervolgdgen - is er nooit veel collectief parlementair verweer geweest tegen pogingen van de uitvoerende macht om de rechterlijke macht te beïnvloeden.

Kort na het ontslag van de regering Van Acker werd de wet op de Raad van State door de Senaat goedgekeurd, en daarmee werd, zoals voldoende bekend, een belangrijke leemte in de rechtsbescherming opgevuld.

(1) Handelingen Senaat, buitengewone zitting 1946, 3 juli 1946, p. 499-505.

(2) Handelingen Senaat, buitengewone zitting 1946, 9 juli 1946, p. 538-539.

§ 16. DE RECHTSBESCHERMING A POSTERIORI IN BELGIE. KORTE EVALUATIE

59.- "Toujours tardive, souvent insuffisante et inefficace", zo typeert professor Flamme de rechtsbescherming in België (1).

Dat het voeren van een procedure, zowel voor de organen van de rechterlijke macht als voor de rechtsprekende instanties van de administratie zelf een tijdrovende bezigheid is, zal wel niemand betwisten. De artikels van het Gerechtelijk Wetboek (2) en van de wet van 23 december 1946 (3) die aansturen op een snelle rechtsbedeling blijken in de praktijk niet veel meer dan vrome verzuchtingen te zijn. Daaraan moge toegevoegd worden dat drempelvrees en financiële bezwaren niet zelden een onoverkomelijke hinderpaal zijn voor rechtzoekenden wier zaak prima facie een behoorlijke kans van slagen heeft.

Laattijdigheid is daarom zo erg, omdat daardoor alleen vaak onrecht onherstelbaar, of onvoldoende herstelbaar wordt. Voor de ambtenaar die ten onrechte bij een promotie gepasseerd werd, de burger die niet de vergunning kreeg waarop hij aanspraak mocht maken, de vreemdeling die in strijd met de wet uit het land werd gedreven, is het een schrale troost maanden of jaren later te horen dat de handeling die hem onrecht aandeed, vernietigd werd, of dat hem een schadevergoeding werd toegekend. De ambtenaar is inmiddels nog niet zeker van zijn promotie, voor de burger is de kans om te bouwen, een beroep uit te oefenen of een handel te drijven misschien definitief verzwonden, en de vreemdeling wacht het onzeker bestaan van een zwerver of erger.

In dit licht gezien is het daarom des te betreurenswaardiger dat er geen

(1) FLAMME M.A., *Vers la codification de la procédure administrative*, *Rev. adm.*, 1970, p. 221.

(2) Bv. art. 769 van het Gerechtelijk Wetboek. Zie ook het verslag van de koninklijke commissaris, p. 12-14.

(3) Art. 30 van de gecoördineerde wetten "... ten aanzien van de meestal spoedeisende aard der arresten zal zij (de rechtspleging) zich gedragen naar de bepalingen toepasselijk op de vonnissen welke door de rechtbanken van eerste aanleg in zaken van korte behandeling worden gewezen ..."

mogelijkheid is om de uitwerking van de bestuurshandeling te schorsen hangende de uitspraak van de Raad van State (1), en dat het kort geding in België maar niet tot ontwikkeling komt. Alleszins is de toestand in Nederland wat dat laatste betreft, duidelijk beter (2).

- 60.- Ontoereikendheid is een ander tekort dat Flamme aan de rechtsbescherming terecht toeschrijft. Die ontoereikendheid is structureel omdat het aan de rechtbanken noch aan de Raad van State toekomt de opportuniteit van een bestuurshandeling te beoordelen. Het is ongetwijfeld juist dat de administratie over een mate van vrijheid moet beschikken in haar handelen. Het is niet de taak van de rechtsprekende instanties om de plaats van het bestuur in te nemen. Maar, zoals reeds hiervoor gezegd werd, de grens tussen de controlebevoegdheid van de rechtbanken en van de Raad van State enerzijds, en de discretionnaire bevoegdheid van de administratie anderzijds, is moeilijk te maken en alleszins is er een breed en vaag niemandsland. Het valt te betreuren dat dit niemandsland door de rechtsprekende macht in feite niet betreden wordt. Marginale toetsing lijkt het aangepast middel om de controletaak van de rechtbanken te verzoenen met de vrijheid die het bestuur behoeft. Er is des te meer reden toe om voor de toepassing van dit middel te pleiten, daar de bevoegdheden van het bestuur alsmaar uitbreiden, én doordat de overheid steeds meer en ingewikkeldere taken krijgt, én doordat het parlement en de regering steeds minder die taken zelf kunnen waarnemen.
- 61.- Ten derde stipt professor Flamme aan dat de rechtsbescherming vaak ondoeltreffend is. De sancties die de rechterlijke macht en de Raad van State kunnen hanteren laten, zelfs als men geen rekening houdt met de laattijdigheid, in vele gevallen een onvoldoend herstel van het onrecht toe. Kan het niet toepassen van de onwettelijk bevonden bestuurshandeling, door de rechtbanken, of de vernietiging door de Raad van State, in sommige zeldzame gevallen, een volledig of althans voldoende herstel betekenen, in de meeste gevallen is dit niet zo. Vaak zal immers alleen een nieuwe bestuurs-handeling de aangepaste remedie zijn, en het initiatief daartoe berust uitsluitend bij de overheid zelf. Eens te meer moet hier betreurd worden dat,
- (1) MAST keurt dit goed (*Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Gent, Story Scientia, 5° uitg., n° 598).
- (2) ZONDERLAND, P., *Het kort geding, in het bijzonder tegen de overheid*. Tjeenk Willink, Zwolle, 2° uitg., 1972.

in de huidige stand van de Belgische rechtspraak, de rechter zich onbevoegd acht om bevelen te geven aan de overheid. Dit kan tot ongerijmde toestanden aanleiding geven, zoals het volgende voorbeeld moge aantonen. In het kader van de wet op de ruimtelijke ordening en de stedenbouw worden twee bouwvergunningen aangevraagd, de ene met betrekking tot een perceel in de provincie Oost-Vlaanderen, de andere met betrekking tot een perceel in de provincie Antwerpen. Beide percelen vertonen stedenbouwkundig dezelfde kenmerken. De aanvragen worden beiden afgewezen door de colleges van burgemeester en schepenen, omwille van het feit dat de wegen waaraan de percelen gelegen zijn, niet voldoende uitgerust zijn. Op beroep van de aanvragers bevestigt de bestendige deputatie van de provincie Oost-Vlaanderen de beslissing van het college van burgemeester en schepenen, terwijl de bestendige deputatie van de provincie Antwerpen de vergunning verleent, daar zij van mening is dat de weg wel voldoende uitgerust is. Tegen de beslissing van de bestendige deputatie van Oost-Vlaanderen gaat de aanvrager in verder beroep bij de Koning, en de gemachtigde ambtenaar van ruimtelijke ordening en stedenbouw van de provincie Antwerpen doet hetzelfde wat betreft de beslissing van de bestendige deputatie van Antwerpen.

De Antwerpse beslissing wordt vernietigd en de Oost-Vlaamse gehandhaafd, daar de Koning van mening is dat beide wegen niet voldoende uitgerust zijn.

Veronderstelt men nu even dat de Raad van State beide beslissingen van de Koning vernietigt, omdat niet in redelijkheid kon worden besloten dat de wegen niet voldoende uitgerust waren, - toepassing dus van de marginale toetsing (1) -, dan komt men tot de paradoxale situatie dat de Antwerpernaar zijn vergunning heeft - de beslissing van de bestendige deputatie van Antwerpen herleeft immers - terwijl de verzoeker uit Oost-Vlaanderen niets heeft. Weliswaar kan hij een nieuwe aanvraag indienen, die niet meer afgewezen mag worden om reden dat de weg niet voldoende uitgerust is, maar er kunnen zich inmiddels feiten hebben voorgedaan die een nieuwe afwijzing

(1) De Raad van State hanteert inderdaad dit middel bij de wettelijkheidscontrole. Zie voor een mooi voorbeeld Raad van State, 12 december 1970, n° 15.612.

onafwendbaar maken b.v. het bestaan van een plan van aanleg dat zich tegen de aflevering van de vergunning verzet. Misschien - maar dit is niet zeker - kan de aanvrager voor de rechtbank schadevergoeding vorderen omdat de weigering de vergunning af te leveren een fout is in de zin van artikel 1382 van het B.W., maar het is duidelijk dat de aanvrager niet dat krijgt waar hij aanspraak op mocht maken, namelijk de bouwvergunning. De nieuwe weigering mogen dan al gerechtvaardigd zijn op grond van inmiddels gewijzigde of beter verstande planologische gegevens, het blijft onaanvaardbaar dan ten gevolge van toevallige factoren de ene aanvrager zijn vergunning wel, en de andere ze niet heeft gekregen (1).

61bis.- Tenslotte, buiten de reeds eerder vermelde psychologische en financiële hinderpalen op de weg naar de rechtsbescherming, zijn er nog twee andere tekorten aan te duiden in de rechtsbescherming a posteriori.

62.- Het naast elkaar bestaan van rechterlijke macht en Raad van State leidt onvermijdelijk tot conflicten en tegenspraak. Van deze twee zijn de conflicten nog de minste kwaal, omdat er althans uiteindelijk een oplossing is. Toch moet onderstreept worden dat het met de billijkheid niet te verzoenen valt dat de burger die na de lange administratieve weg bewandeld te hebben, eindelijk meent een definitieve beslissing te hebben, die definitieve uitspraak door het Hof van Cassatie vernietigd ziet en de lijdensweg opnieuw moet bewandelen. Met professor Davis kan men zich de vraag stellen of de overheid, wanneer zij partij in een geding is, werkelijk het uiterste moet proberen om te "winnen". Wanneer een eis gerecht-

- (1) Dit voorbeeld is ook interessant in verband met de bevoegdheidsafbakening tussen de Raad van State en de rechterlijke macht. Niemand twijfelt eraan dat de Raad van State bevoegd is om kennis te nemen van verzoeken tot nietigverklaring van beslissingen over het afleveren of weigeren van bouw- en verkavelingsvergunningen en het goedkeuren van plannen van aanleg. Toch zou men kunnen beweren dat het werkelijk voorwerp van geschillen hieromtrent betrekking heeft op de uitoefening van het eigendomsrecht (art. 544 van het B.W.) en met name van het recht van natrekking (art. 552 e.v. van het B.W.) en dat dus het werkelijk voorwerp van de vordering een burgerlijk recht is (namelijk de omvang van het eigendomsrecht), en daaruit zou dan weer volgen dat krachtens artikel 92 van de Grondwet niet de Raad van State, maar wel de rechtbanken ter zake bevoegd zijn. Of moet men ook hier aannemen dat de invloed van de beslissing van de Raad van State op de burgerlijke rechten "slechts onrechtstreeks en bijkomstig" is ? (zie voetnota 1 p. 38 geciteerde arrest van het Hof van Cassatie).

vaardigd voorkomt, of een uitspraak in eerste aanleg billijk lijkt, moet de overheid, of beter gezegd haar advocaat handelend op haar instructies, werkelijk alle technische knepen aanwenden om aan die eis te ontsnappen of die uitspraak gewijzigd te zien? Het schenkt natuurlijk voldoening een zaak te winnen, maar is het algemeen belang er steeds mee gediend? (1) Het volgend citaat uit Davis is mutatis mutandis ook voor België geldig:

"If Congress, the President or top legal officers were to direct that lawyers defending suits against the government are not to interpose technical defenses in cases that seem meritorious unless the policy behind the technical defense is important as applied, the total amount of uncorrected injustice from governmental action would unquestionably be drastically reduced, with no offsetting disadvantage. The result would not be the payment of taxpayers' money to underserving plaintiffs. The worst that could happen from a mistake of a government lawyer in failing to use a technical defense would be that a court decide a case on its merits" (2).

Het is inderdaad in vele gevallen niet aannemelijk dat de overheid voor wie proceskosten en -tijd een heel wat minder belangrijke rol spelen dan voor de particulier, alle procedurale en technische mogelijkheden te baat neemt om haar standpunt te laten zegevieren. De overheid is ten processe geen gewone partij. Haar positie dwingt haar meer dan anderen, oog te hebben voor billijkheid en rechtvaardigheid.

62bis.- Dit klemmt des te meer, en dit is dan een verder nadeel van de rechtsbescherming a posteriori, daar de rechter, zelfs de administratieve rechter, in belangrijke mate gebonden is door en afhankelijk is van hetgeen partijen doen en laten. Weliswaar is artikel 107 van de Grondwet een regel van openbare orde, zodat de rechter zelfs ambtshalve bestuurshandelingen die een invloed hebben op het geding, op hun wettelijkheid moet toetsen, maar dat vereist een kennis én van de administratie én van bijzondere, zeer technische regelingen die niet van de rechter verwacht mag worden.

63.- In een systeem van preventieve rechtsbescherming gekoppeld aan een voldoende openheid en openbaarheid van het bestuur en de bestuursdaden, kan dit veel gemakkelijker opgevangen worden.

(1) DAVIS K.C., *Administrative Discretion. A preliminary inquiry*. University of Illinois Press, Urbana, 1971, p. 158-161.

(2) DAVIS K.C., *op. cit.*, p. 161.

Openheid en openbaarheid zijn echter onontbeerlijke elementen voor het behoorlijk functioneren van gelijk welk systeem van preventieve bescherming. Zoals participatie zonder informatie zinloos is, zo ook kan de dialoog tussen bestuur en bestuurden maar vruchtbaar zijn wanneer deze laatsten de inhoud van de elementen die de administratie bij haar besluitvorming betreft, kunnen kennen.

Daarom wordt eerst in hoofdstuk II de aandacht gewijd aan deze conditio sine qua non voor preventieve rechtsbescherming.

HOOFDSTUK II

OPENHEID, OPENBAARHEID EN RECHT OP INFORMATIE

§ 1. INLEIDING

1. Begripsomschrijving

64.- Een bruikbare definitie van de openbaarheid wordt gegeven door professor de Goede : "Openbaarheid echter is een rechtstoestand ; openheid een mentaliteit ; voorlichting een uit die mentaliteit geboren, onverplicht gegeven uitbreiding van de openbaarheid. Openbaarheid is verplichte situatiemededeling ; voorlichting onverplichte situatieverklaring" (1).

Voor de Goede vallen openbaarheid en plicht tot informatie samen. De informatiegerechtigden kunnen ze dus afdwingen. Openheid is veeleer een mentaliteit, en laat zich derhalve minder gemakkelijk juridisch verwoorden.

65.- Burkens en Kocken, in hun preadvies voor de Administratieve Dagen te Rotterdam, definiëren openheid als de situatie, waarin de overheid aan de burger metterdaad inzicht geeft in haar handelen ; onder openbaarheid, het geheel aan regelingen en maatregelen, op grond waarvan en waardoor de overheid publiekelijk bepaalde handelingen verricht, de voorbereiding van besluiten en de besluiten zelf bekend maakt en desbetreffende stukken algemeen verkrijgbaar of toegankelijk stelt (2). In een begeleidende voetnoot wordt er op gewezen dat deze definities aansluiten bij die door M. Rooij gegeven in de najaarsstudiedagen van 1967 (3).

(1) DE GOEDE B., : Openbaarheid bij gemeente, provincie en waterschap, p. 117 in : *Hoe openbaar wordt ons bestuur ?*, 's Gravenhage, VUGA-Boekerij, z.d.

(2) BURKENS M.C. en KOCKEN E.H.A., Openheid en Openbaarheid van het bestuur, *Bestuurswetenschappen*, juli 1969, 184.

(3) *Bestuurswetenschappen*, 1969, 187.

Uit de voorgaande omschrijvingen blijkt dat openheid een mentaliteit is, dat het heel bestuursproces doordrenkt, terwijl openbaarheid is het in de "recht-plicht" vorm gieten van sommige uitingen van die openheid.

- 66.- Deze ontleningen aan Nederlandse auteurs hoeven geen bezwaar te zijn, daar niet alleen de feitelijke situatie in België en Nederland gelijklopend is, maar ook rechtens de geheimhoudingsplichten van de ambtenaren doen en laten, haast identiek zijn : in Nederland, artikel 59 van het Algemeen Rijksambtenarenreglement, en in België, artikel 9 van het Statuut van het Rijkspersoneel (1). Zowel van Wijnbergen als Vander Stichele zien in deze teksten in feite een algemeen voorschrift tot geheimhouding (2).

Met andere woorden geheimhouding is de regel, openbaarheid en openheid de uitzondering.

67.-

- 67.- Daar waar in Nederland met het onderscheid openheid - openbaarheid volstaan kan worden - zonodig kan de rechter de nodige bevelen geven om de openbaarheid te waarborgen - lijkt het aangewezen om in België er het begrip recht op informatie aan toe te voegen. Immers, niet steeds waar openbaarheid voorgeschreven is, kan de burger de naleving van die plicht afdwingen. Wanneer de openbaarheid betrekking heeft op een besluitvormingsproces, en dus resulteert in een beslissing, kan het tekortkomen aan de openbaardheidsplicht gesanctioneerd worden, ofwel bij wijze van vernietiging van die beslissing door de Raad van State, ofwel bij

(1) Art. 59 van het Algemeen Rijksambtenaren reglement :

"De ambtenaar is verplicht tot geheimhouding van hetgeen hem in zijn ambt ter kennis is gekomen, voor zover die verplichting uit den aard der zaak volgt of hem uitdrukkelijk is opgelegd".

Art. 9 van het Statuut van het Rijkspersoneel :

"Het is hun (d.i. de ambtenaren) verboden feiten bekend te maken die zij zouden kennen ter oorzaak van hun ambt en die uiteraard of krachtens voorschriften van hierarchische meerderen geheim zijn. Dit verbod geldt mede voor Rijksambtenaren die hun ambt hebben neergelegd." A.J. HILGEN, De vrijheid van meningsuiting van de Nederlandse ambtenaar, *TBP*, 1974, 139.

(2) VAN WIJNBERGEN S.F.L., *Openbaarheid van overheidsdocumenten*, desrede Nijmegen 1968, Serie geschriften recht / bestuur / economie, n° 61, Alphen a/d Rijn, Samsom N.V., 1968, p. 8.
VANDER STICHELE A., De openbaarheid van de administratie en het recht op informatie, preadvies administratieve studiedagen 1969, *Bestuurswetenschappen* 1969, 169.

wijze van onverbindend-verklaring door de rechtbanken op grond van artikel 107 van de Grondwet (1). Er zijn echter gevallen waar plicht tot openbaarheid bestaat, los van ieder besluitvormingsproces. Zo heeft ieder belanghebbende recht op inzage, ten gemeentehuize, in de afgeleverde bouw- en verkavelingsvergunningen, gedurende ten minste twee dagen per week (2). Tegen feitelijke, gehele of gedeeltelijke weigeringen tot inzage staat die belanghebbende echter machteloos. Noch de Raad van State, noch in de huidige stand van het kort geding in België, de gewone rechter, kunnen de gemeente tot naleving van haar rechtsplicht dwingen. Daarmee wil niet gezegd zijn dat de gemeenten zich niet zullen gedragen naar vernietigingsarresten van weigeringsbeslissingen door de Raad van State, noch zelfs dat zij niet spontaan hun rechtsplicht nakomen, maar het lijkt toch dat men moeilijk van recht op informatie kan gewagen waar de rechterlijke sanctie ontbreekt.

De term recht op informatie moet daarom voorbehouden worden voor die gevallen waar dat recht afgedwongen kan worden, ofwel door vernietiging

-
- (1) Het niet toepassen van bestuurshandelingen wegens niet-publicatie is overigens een mes dat aan twee kanten snijdt. Dit blijkt uit het volgende voorbeeld. Strafrechtelijk vervolgd wegens het jagen op militair domein, beriepen de beklaagden zich op de concessie van het jachtrecht dat hen toegestaan was. Bij het verlenen van die concessie had men gesteund op het Koninklijk Besluit van 5 september 1929, houdende goedkeuring van het reglement op de garnizoendienst. Dat besluit was echter niet in het Staatsblad opgenomen geweest. Daarop besliste het Hof van Cassatie op 30 oktober 1961 (*Pas.*, 1962, I, 236): "Attendu que l'arrêté royal du 5 septembre 1929, approuvant le règlement sur le service de garnison, n'a pas été publié au Moniteur et est donc dépourvu de force obligatoire". Hoezeer deze al te dogmatische toepassing van het beginsel dat besluiten gepubliceerd moeten worden, ook bekritiseerd kan worden - de publiciteit is immers in het belang van de rechtsonderhorigen voorgeschreven, en wanneer afwezigheid van publicatie hun geen nadeel toebrengt moet er geen rekening mee gehouden worden - toch is de houding van het Hof van Cassatie het thans geldende recht.

Weliswaar steunt deze beslissing op de wet van 18 april 1898 (vervangen door de wet van 31 mei 1961) en niet op artikel 107 van de Grondwet, maar de ratio legis voor de toepassing van artikel 107 is dezelfde.

Het niet toepassen van besluiten die niet gepubliceerd zijn of die anderszins in strijd met een informatieplicht genomen zijn, is dus niet steeds de goede oplossing.

- (2) Art. 2 van het koninklijk besluit van 18 februari 1964.

van de bestuurlijke maatregel door de Raad van State, ofwel door zijn onverbindendverklaring door de gewone rechter, telkens wanneer een openbaarheidsplicht met betrekking tot die maatregel, of het besluitvormingsproces dat eraan voorafgaat, niet werd nagekomen.

Openbaarheid is dan een breder begrip, dat al de gevallen dekt waar een mededelingsplicht voorhanden is, onafgezien van het al dan niet in rechte afdwingbare van die plicht.

In het verder verloop van dit hoofdstuk wordt op dit onderscheid niet meer teruggekomen, maar het zal gemakkelijk zijn om voor ieder van de behandelde gevallen uit te maken of er al dan niet sprake is van een recht op informatie in de engere zin.

2. Functies en grenzen van recht op en plicht tot openbaarheid

68.- In hun preadvies vermelden Burkens en Kochen twee functies van de openbaarheid. In de eerste plaats is de openbaarheid van belang voor het besluitvormingsproces. Dit belang is tweeledig : in meer algemene zin stelt het de burger in staat om te participeren in het proces van wetgeving en bestuur, ofwel door een rechtstreekse bijdrage in dat proces zelf , ofwel onrechtstreeks door middel van zijn aandeel in de publieke meningsvorming, die op haar beurt in de besluitvorming doorwerkt ; in een meer persoonsgebonden zin geeft het de burger de mogelijkheid om tijdig voor zijn rechten en belangen op te komen wanneer de overheid handelingen wil verrichten die hem zouden kunnen schaden, dan wel aan derden vergunning wil verlenen tot het verrichten van zodanige handelingen.

In de tweede plaats is de openbaarheid van belang voor reeds genomen beslissingen, zodat de burger weten kan wat nu zijn rechten en plichten zijn (1).

69.- Deze analyse kan onderschreven worden, al moet er aan toegevoegd worden dat de burger en bestuur wat al te veel als elkaars opponenten gezien worden. Openbaarheid bij de besluitvorming is niet alleen wenselijk om

(1) BURKENS M.C. en KOCKEN E.H.A., *art. cit.*, p. 185.

de burger in staat te stellen zich te weren tegen handelingen "die hem zouden kunnen schaden" (1), maar bij gelijk welke maatregel, die overwogen wordt en die een weerslag kan hebben op de rechts- of belangenpositie van de rechtsonderhorigen.

Overigens moet men voor ogen houden dat de openbaarheid een middel is ter verwezenlijking van de hoger geschetste doeleinden : een meer democratische werking van het besluitvormingsproces, een meer doeltreffende besluitvorming op het individuele vlak, doordat de belangen en rechten van de bij de maatregel belanghebbenden tijdig in ogenschouw genomen kan worden, het inlichten van de rechtsonderhorigen over wat zij mogen en niet mogen. Openbaarheid is geen doel op zichzelf.

- 70.- De grenzen van de openbaarheid worden dus bepaald door andere middelen en factoren die eveneens tot de realisatie van die doeleinden bijdragen en die eventueel strijdig kunnen zijn met het openbaarheidsbeginsel. Dan moet een keuze tussen de middelen gedaan worden, en zo mogelijk een *modus vivendi* worden uitgewerkt. Anderzijds kunnen andere doeleinden dan de drie hiervoor genoemden schade ondervinden ten gevolge van de openbaarheid, en dan moet weer een keuze gemaakt worden.
- 71.- De factor tijd kan gelden als voorbeeld van de eerste groep beperkingen. Soms kan het aangewezen zijn zonder dralen een maatregel te nemen, waarbij de vertraging die de openbaarheid met zich meebrengt, onaanvaardbaar is (2). Zo ook kan het beginsel dat beslissingen door vertegen-

(1) BURKENS M.C. en KOCKEN E.H.A., *art. cit.*, p. 185.

(2) Raad van State, 27 november 1972, n° 15581.

Dit wordt treffend geïllustreerd in het artikel van Dr. J.P.D. van Banning "De belangrijkheid van de factor tijd in het Bestuur", *T.v.O.*, 1973, p. 161.

Het is duidelijk dat een al te toegankelijk en uitgebreid beschermingsstelsel tot misbruiken aanleiding geeft. Een frappant voorbeeld is het geval dat uitmondde in het Nederlandse koninklijk besluit van 14 maart 1973 (N.J./Administratiefrechtelijke beslissingen, 1973, n° 108, p. 305, met noot van Stellinga). Het geval op zichzelf moge banaal zijn (het betrof een verzoek om bijstand) het was in minder dan twee en een half jaar het 61e koninklijk besluit dat m.b.t. aanvragen van dezelfde appelante werd genomen : 11 in 1971, 41 in 1972 en tot 14 maart 1973 alweer 9. Als de belangrijkste oorzaak van deze stortvloed duidt Stellinga aan het kosteloze karakter van het "gewone" beroep.

Schrijver dezes weet uit persoonlijke ervaring dat dit ook een van de redenen is dat er zo veel duidelijk onontvankelijke verzoekschriften worden ingediend bij de Europese Commissie van de Rechten van de Mens.

woordigers genomen worden (het representativiteitsbeginsel) zich in sommige gevallen tegen de openbaarheid verzetten. Het ziet er echter naar uit dat er op het vlak van de middelen weinig conflicten met het openbaarheidsbeginsel mogelijk zijn.

- 72.- Op het vlak van de doeleinden of waarden ligt het wel anders. Het is duidelijk dat een onbeperkte openbaarheid van het overheidsdoen en laten niet te verenigen valt met een reeks maatschappelijke waarden. Men denke bijvoorbeeld maar aan het opsporen en beteugelen van misdrijven, het recht op privacy van de bij het bestuurlijk handelen betrokken personen. Ook in die landen waar de openbaarheid tot regel verheven is, met name Zweden en de Verenigde Staten, is er een reeks uitzonderingen aangebracht op die openbaarheid.

Is het mogelijk om een bevredigende regeling uit te werken, waarin aan de openbaarheid voldoende tegemoet gekomen wordt zonder dat de andere maatschappelijke belangen en waarden geschaad worden? Burkens en Kocken betwijfelen dat zulks doenbaar is, en menen dat alleszins de onvermijdelijke reeks uitzonderingen een te zware hypotheek zouden zijn om het streven naar openbaarheid tot ontplooiing te laten komen (1).

- 73.- Nog twee andere bezwaren kunnen tegen het formuleren van openbaarheidsregels gemaakt worden. Wanneer de openbaarheid niet gepaard gaat met een meer naar openheid evoluerende bestuursmentaliteit, bestaat het gevaar dat de geest van openheid, die aan de openbaarheid ten grondslag moet liggen, opgeofferd wordt aan de letter van de openbaarheid. Verder rijst de vraag wie over de onthulling van bestuurlijk handelen en bestuurlijke documenten moet beslissen. Is het de administratie zelf, hoe kan dan haar oordeel getoetst worden op zijn juistheid? Laat men de beslissing aan een onafhankelijke derde, en men denkt hierbij onmiddellijk aan de administratieve of de gewone rechter, dan kan men eraan twijfelen of die buitenstaander wel over het nodige inzicht in en begrip van het hele bestuursproces beschikt om de juiste beslissing te treffen.

(1) BURKENS M.C. en KOCKEN E.H.D., *art. cit.*, p. 199.

74.- Toch mogen deze bezwaren er niet toe leiden de openbaarheid op de lange baan te schuiven.

Wat betreft de middelen en factoren die eventueel met de openbaarheid in strijd zouden komen - tijd, beschikbaar personeel, financiële middelen, het representativiteitsbeginsel - lijkt het enige ernstige conflict te zijn tussen openbaarheid en het beginsel van bestuur door vertegenwoordiging. Dit laatste houdt in dat de "gestelde lichamen" zonder lastgeving of ruggespraak beslissen, en dat de primeur van ambtelijke stukken en rapporten aan hen voorbehouden is. Zonder het belang en de rol van de gestelde lichamen te onderschatten, moet toch duidelijk geopteerd worden voor de openbaarheid, al betekent dit misschien een zekere inbreuk op hun zelfstandigheid. Het representativiteitsbeginsel mag immers niet zover doorgetrokken worden dat directe inspraak van de burgers - die zonder openbaarheid ernstig bemoeilijkt wordt - uitgesloten wordt. Bestuur door vertegenwoordiging is ook een middel, geen doel op zichzelf, en voor zoveel als dit middel in strijd kan komen met de openbaarheid, moet deze laatste de voorkeur krijgen. De wezenlijke functie van de vertegenwoordiging - beslissing door een kleine groep - wordt er niet door aangetast.

75.- Op het vlak van de waarden en belangen kan men steunen op het Zweedse en Amerikaanse voorbeeld. In Zweden worden de volgende beperkingen gesteld aan de openbaarheidsregel, door de wet van 28 mei 1937 :

1. Het belang van de veiligheid van de Staat en diens relatie met buitenlandse staatshoofden.
2. Het belang van de overheid in haar taak van inspectie, controle of ander toezicht.
3. Het gemeenschapsbelang bij de opsporing van en het voorkomen en bestrijden van misdrijven, voor zover redelijkerwijs gevaar bestaat dat het verlenen van inzage de opsporing of het verder onderzoek of maatregelen ter voorkoming van misdrijf zou tegenwerken, dan wel schadelijk zou zijn voor het Rijk of bepaalde personen.
4. Economische belangen van rijk, gemeenten en particulieren.
5. De "privacy" sfeer van de enkele mens, de persoonlijke veiligheid.
6. Belangen van eerbaarheid en zedelijkheid (1).

(1) Vertaling van KIRCHHEINER, *op. cit.*, p. 57, voetnoot 71.

In de Verenigde Staten zijn de uitzonderingen opgesomd in 5 U.S.C.

§ 551 (b) :

1. Zaken waarvan uitdrukkelijk dor presidentieel besluit (executive order) voorgeschreven is dat ze geheim moeten blijven in het belang van de nationale verdediging of de buitenlandse politiek.
2. Zaken die alleen maar betrekking hebben op inwendige personeelsreglementen en praktijken van een "agency" (overheidsorgaan).
3. Zaken die door de wet uitdrukkelijk aan de openbaarheid onttrokken worden.
4. Handelsgeheimen en commerciële en financiële informatie door een persoon medegedeeld, voor zoveel die informatie vertrouwelijk is of door het beroepsgeheim gedekt wordt.
5. Memoranda en brieven tussen overheden uitgewisseld of in een overheidsorgaan circulerend en die niet rechtens aan een procespartij medegedeeld moeten worden tenzij in het geval van een geding tussen twee overheidsinstellingen.
6. Persoonlijke en medische dossiers, en dossiers waarvan de openbaarmaking een duidelijk ongewenste inbreuk uitmaakt van de aan ieder persoon toekomende privacy.
7. Dossiers i.v.m. het onderzoeken van wetsovertredingen, behalve in zover zij toegankelijk zijn voor een andere partij dan een overheidsinstelling.
8. Zaken vervat in of betrekking hebbende op rapporten i.v.m. onderzoek, werking of voorwaarden opgesteld door, ten behoeve of ten gebruike van overheidsinstellingen die verantwoordelijk zijn voor de reglementering of het toezicht van financiële instellingen.
9. Geologische en geofysische informatie en gegevens, daarin begrepen kaarten betreffende bronnen.

De openbaarheidsregel van § 552 en de uitzonderingen vermeld, slaan alleen op schriftelijke stukken, van welke aard ook, maar andere bepalingen van de Administrative Procedure Act dragen er zorg voor dat ook in de besluitvorming zelf voldoende openbaarheid is, met name 5 U.S.C. § 553 (rule-making, d.w.z. het nemen van beslissingen met algemene draagwijdte) en 5 U.S.C. § 554 (adjudication, d.w.z. het nemen van beslissingen over individuele gevallen).

Overigens wil met de verwijzing naar deze twee buitenlandse voorbeelden niet gezegd zijn dat er daar geen problemen zijn. Daarop wordt uitvoeriger teruggekomen in § 4. Allicht kan men uit die voorbeelden afleiden dat het openbaar maken van het bestuur een haalbare zaak is.

3. *Openbaarheid en discretionnaire bevoegdheid*

- 76.- Discretionnaire bevoegdheid, recht van appreciatie en opportuniteit in het bestuurlijk handelen zijn nauw verwante begrippen.

In het eerste hoofdstuk werd er op gewezen dat deze begrippen van belang zijn in het afbakenen van de wederzijdse bevoegdheden van de administratie en de rechterlijke macht, daarin begrepen de Raad van State.

Op twee aspecten van die relatie openbaarheid-discretionnaire bevoegdheid wordt hier nader ingegaan.

- 77.- Het is duidelijk dat openheid en openbaarheid de discretionnaire bevoegdheden van de administratie ernstig kunnen beperken. Zo de publieke opinie of althans degenen die men kan aanduiden als de belanghebbenden, weet hoe een besluitvormingsproces zich afspeelt, dan betekent dit toezicht een inperking van de discretionnaire bevoegdheid van het bestuur. Eventuele onregelmatigheden, of onvolkomenheden die anders niet aan het licht zouden komen, kunnen nu wel bekend worden en de kennis ervan kan tot de latere vernietiging of hervorming van de beslissing leiden, afgezien nog van de preventieve werking die ongetwijfeld van die openbaarheid uitgaat.

Terecht schrijft Davis dat men niet moet streven naar een totale uitschakeling van discretionnaire bevoegdheid, omdat het dan onmogelijk wordt rekening te houden met de eigenheden van de individuele gevallen (1).

Openbaarheid is overigens als middel niet in staat om alle discretionnaire bevoegdheid te doen verdwijnen. Het valt moeilijk in te zien hoe de openbaarheid op zichzelf de administratie kan beletten het tijdstip en de administratieve weg van haar handelen te kiezen.

(1) DAVIS, *op. cit.*, p. 43. Het is trouwens praktisch onmogelijk om de discretionnaire bevoegdheid volledig te elimineren.

78.- Een tweede, belangrijk en toch meestal verwaarloosd aspekt van de relatie discretionnaire bevoegdheid - openbaarheid betreft die gevallen waar de overheid nalaat te handelen, hoewel zij in feite daartoe de plicht heeft. Dit is wat Davis noemt "selective enforcement"(1) : in identieke gevallen zal de overheid soms wel en soms niet optreden. Een dergelijke praktijk hoeft niet per se onrechtvaardig te zijn, maar het gevaar dat onrecht gepleegd wordt door zo'n systeem is duidelijk aanwezig. In het bijzonder vestigt Davis de aandacht op de nadelige gevolgen van een politiek van toegevendheid. Het niet onmiddellijk sanctionneren van overtredingen - onverschillig of de sanctie burgerrechtelijk, strafrechtelijk of administratiefrechtelijk is - kan men als een goede beleidspolitiek beschouwen. Het is een feit dat wetten en reglementen soms te streng zijn opgesteld, en niemand die er zelf de voordelen van ondervonden heeft, zal een soepele toepassing ervan betreuren. Toch zijn er aan de bevoegdheid om de wet naar eigen inzicht, al dan niet toe te passen - want daar komt het vaak op neer - bezwaren verbonden. De bevoegdheid om soepel op te treden impliceert immers de bevoegdheid om niet soepel op te treden. Met andere woorden, die bevoegdheid werkt discriminatoir. Voorbeelden zijn er ook in het Belgische recht te over. Waarom zal men in sommige gevallen overtredingen op de wetgeving in zake stedenbouw wel vervolgen, en in andere niet ? Waarom bekeurt dezelfde agent sommige verkeersovertredingen wel, en andere niet ? De materie van vergunningen en concessies van overheidswege in het algemeen is een gebied waar overtredingen niet altijd aanleiding geven tot het toepassen van de voorziene sancties.

Het bedenkelijke van zo'n beleidspolitiek is niet alleen de mogelijke discriminatie tussen identieke gevallen maar ook dat de administratie haar optreden zelf regelt, volgens criteria die indruisen tegen de wet.

79.- Openbaarheid is vanzelfsprekend niet een afdoende remedie om deze stand van zaken te verhelpen, te meer daar het niet-optreden van de overheid dikwijls een kortstondig en feitelijk gebeuren is, waarvan geen sporen overblijven. Maar daar waar de overtredingen hun neerslag vinden in een rapport, of wanneer zij van blijvende aard zijn, bijvoorbeeld bij

(1) DAVIS, *op. cit.*, p. 162.

stedebouwkundige overtredingen, kan de openbaarheid een nuttige rol spelen. Niet dat men dan tot een strakke wetstoepassing moet komen - hiervoor werd op de nadelen daarvan gewezen, maar dan kan men tenminste de feitelijke criteria opsporen die bij het overheidsbeleid gevolgd worden. Gaan zij in tegen de wet, dan kan men of de wet, of de criteria veranderen, dan wel aan de administratie een ruimere discretionaire bevoegdheid geven. Daartegen hoeft geen bezwaar te worden gemaakt, wanneer terzelfdertijd ook de openbaarheid voldoende gewaarborgd is.

4. Openbaarheid en pseudo-wetgeving

- 80.- Tussen discretionaire bevoegdheid en pseudo-wetgeving bestaat een duidelijk verband. Zoals Debaedts het stelt, vindt pseudo-wetgeving zijn oorsprong in de discretionnaire macht van de administratie (1). Pseudo-wetgeving is het geheel van regels en criteria die het bestuur zelf uitwerkt in een gebied waar haar bevoegdheid discretionnair is (2). Anders dan Debaedts stelt, moet evenwel aangenomen worden dat er sprake is van pseudo-wetgeving, ook wanneer de bestuurden er geen kennis van hebben (3). Het valt niet in te zien waarom de bekendheid van de bestuurden met de door de administratie zelf opgestelde regels noodzakelijk is om van pseudo-wetgeving te kunnen gewagen. Van wezenlijk belang is dat de overheid zichzelf door die regels en criteria gebonden beschouwd.
- 81.- Pseudo-wetgeving moet onderscheiden worden van het geval waarbij de wetgever aan de administratie verordende bevoegdheid heeft gedelegeerd. Regels die door de regering, een minister afzonderlijk of een door de wet aangeduide ambtenaar uitgevaardigd worden op grond van een delega-

(1) DEBAEDTS F., Pseudo-wetgeving, preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland, Zwolle, Tjeenk Willink, 1966, p. 5.

(2) Zie ook de begripsomschrijving van Debaedts, *op. cit.*, *ibid.*, en van J. VAN DER HOEVEN, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland, Zwolle Tjeenk Willink, 1966, p. 37.
VAN DER HOEVEN, Pseudo-wetgeving, diesrede 1965, Tjeenk Willink, Zwolle, 1965.

(3) DEBAEDTS, *op. cit.*, p. 6.

tie van bevoegdheid door de wetgever, binden en de administratie en de rechtsonderhorigen (1). Pseudo-wetgeving daarentegen bindt de rechtsonderhorigen in principe niet. Wanneer de administratie afwijkt van regels die zij ten eigen behoeve geformuleerd heeft, kan de rechtsonderhorige daartegen bij de gewone rechter geen bescherming vinden (2). De Raad van State daarentegen houdt in sommige gevallen wel rekening met het bestaan van pseudo-wetgeving. Aanvaardt de Raad eveneens dat pseudo-wetgeving door de gewone burger niet ingeroepen kan worden (3), dan ligt dat anders voor de ambtenaren. Deze zijn immers, op grond van het beginsel der hiërarchie, verplicht de bevelen en instructies van hun superieuren op te volgen. Raakt een dergelijk bevel of instructie de administratieve toestand van de ambtenaar, dan heeft deze een voldoende belang om zich op deze regel van pseudo-wetgeving te beroepen, zowel om op grond van die regel een daarmee strijdige overheidshandeling te doen vernietigen, als om die regel zelf, wanneer die hem nadelig is, te doen vernietigen (4).

82.- Anderzijds moet pseudo-wetgeving ook onderscheiden worden van "selective enforcement" en de praktijk van soepele wetstoepassing. "Selective enforcement" en soepele wetstoepassing gaan in tegen de wet, zijn dus onwettelijk, terwijl pseudo-wetgeving niet tegen de wet ingaat. Bij pseudo-wetgeving stelt de administratie haar eigen gedragsnormen op binnen de grenzen van de haar toevertrouwde discretionaire bevoegdheid. Daar

(1) Delegatie van bevoegdheid door de wetgever wordt thans algemeen aanvaard. Ook subdelegatie binnen de uitvoerende macht wordt aangenomen, tenminste voor zaken van beperkt belang.

(2) Hof van Cassatie, 10 juli 1953, *Pas.*, 1953, I, 914, met conclusies van Ganshof van der Meersch.
 Hof van Cassatie, 16 april 1957, *Pas.*, 1957, I, 1000.
 Hof van Cassatie, 18 september 1959, *Arresten*, 1960, 60.
 Dit negeren van pseudo-wetgeving door de rechterlijke macht moet betreurd worden, omdat daardoor de willekeurige afwijkingen van regels van zelfbinding getolereerd worden.

(3) Raad van State, 29 juli 1949, n° 102.
 Raad van State, 1 juni 1956, n° 5152.
 De idee die erachter schuilt is dat pseudo-wetgeving de burger niet bindt en hem dus geen nadeel toebrengt.
 Zie nochtans Raad van State, 2 juni 1950, n° 368.

(4) Raad van State, 8 juli 1949, n° 89.
 Raad van State, 12 juli 1952, n° 1755
 Raad van State, 3 mei 1962, n° 9336.

is niets onwettigs aan.

- 83.- Het belang van de pseudo-wetgeving is hierin gelegen, dat de administratie haar handelen daarnaar richt. Voor de rechtsonderhorige is het uitermate belangrijk om die regels van zelfbinding te kennen. De oplossing van zijn geval vindt hij niet in de wet, - deze is immers waar ruimte is voor pseudo-wetgeving, per definitie vaag - maar wel in de regels die de administratie zelf uitgewerkt heeft.
- 84.- Daarom is het jammer dat pseudo-wetgeving in principe niet openbaar gemaakt wordt. Het gebeurt wel dat omzendbrieven van ministers gepubliceerd worden (1), maar men zoekt tevergeefs naar een vaste lijn in verband met het al dan niet publiceren van dergelijke omzendbrieven. Wat betreft de niet-gepubliceerde pseudo-wetgeving, geldt als regel dat zij niet op eigen gezag door de ambtenaren, onderworpen aan het statuut van het Rijkspersoneel, mogen bekendgemaakt worden ; artikel 9 van dat statuut, dat hen de plicht tot geheimhouding oplegt, is ook op deze documenten van toepassing. Met name moet betreurd worden dat de algemene instructies van de diverse departementen niet door buitenstaanders ingezien mogen worden.

Men speurt tevergeefs naar een valabel motief voor dit aspect van de geheimhouding. Er is wel het bezwaar geopperd dat openbaarmaking van de instructies aan de ambtenaren op het gebied van de onteigeningen tot misbruik aanleiding kan geven (2). De juistheid van deze opmerking, namelijk dat in randgevallen openbaarmaking ongewenst is, mag geen afbreuk doen aan de stelling dat openbaarheid van pseudo-wetgeving als regel ten zeerste wenselijk is.

Thans kan de toepassing van pseudo-wetgeving in de veronderstelling dat de bestuurden er kennis van hebben, voor de Raad van State alleen afgedwongen worden via de omweg van het gelijkheidsbeginsel (3).

-
- (1) Bv., in verband met de wet op de ruimtelijke ordening en de stedenbouw, de ministeriële omzendbrieven van 3 juli 1971 (Belgisch Staatsblad 27 augustus 1971) en van 30 juni 1972 (Belgisch Staatsblad, 11 juli 1972).
- (2) Aldus professor Suetens-Bourgeois op het Congres van de Vlaamse Juristenvereniging te Gent op 18 mei 1974.
- (3) SUETENS L.P., Algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het Belgisch administratief recht, *T.B.P.*, 1970, p. 386.

Om met kans van slagen de schending van dit beginsel in te roepen moet de verzoeker er evenwel in slagen andere, aan zijn geval analoge, gevallen op te sporen en aan te tonen dat zijn geval een andere, bij hypothese voor hem ongunstige oplossing werd gegeven. De regel "patere legem quam ipse fecisti", die stoelt op dezelfde grondslag als het gelijkheidsbeginsel (1), lijkt het bij uitstek aangewezen middel om de toepassing van pseudo-wetgeving te waarborgen, maar, zoals gezegd, kan de naleving van pseudo-wetgeving in de huidige stand van zaken niet afdwongen worden.

5. Het "Brood" arrest

- 85.- Dat de grenzen tussen tegen de wet indruisende toepassingsregels van de administratie en correcte pseudo-wetgeving niet altijd zo duidelijk zijn als de hierboven gegeven omschrijvingen laten uitschijnen, en dat de Raad van State, als het zulks nodig acht, aan het begrip "belang" en "grieffhoudende beslissing" een brede betekenis kan toekennen, blijkt uit het volgend geval, dat gemakkelijheidshalve als "Brood" arrest aangeduid zal worden (2).
- 86.- Artikel 22, 2° van het Wetboek van de met het zegel gelijkgestelde taxes stelde een aantal consumptieartikelen, waaronder brood, vrij van de in artikel 1 bepaalde overdrachtstaxen. Artikel 21 machtigde de regering om zelfs met afwijking van artikel 22, 2° forfaitaire taxes in te stellen "waarvan zij de eisbaarheidsoorzaken en -voorwaarden, het bedrag, de grondslag en alle modaliteiten van toepassing en van heffing bepaalt". Op grond van dit artikel 21 stelde artikel 31-4, § 1, 13° van de algemene verordening op de met het zegel gelijk gestelde taxes "een enige forfaitaire taxen in voor de overdracht op de gewone bakkerswaren, met uitsluiting van brood en banketbakkerswerk, gebak en biscuits".

(1) SUTENS, L.P., *op. cit.*, l.c.

SOMERHAUSEN, M., De Raad van State en de algemene beginselen van het administratief recht, *T.B.P.*, 1970, p. 483.

(2) Raad van State, 8 augustus 1972, n° 15469.

In een omzendbrief van de directeur-generaal van het bestuur der registratie en domeinen, n° 74 van 5 november 1965, werd het begrip "brood" toegelicht als volgt : "Een produkt van de broodbakkerij dat wordt bekomen door het bakken van een gekneet en gegist deeg, samengesteld uit meel van graangewassen, gist of zuurdesem, water of melk, of een mengsel van de twee, en zout. Het komt nochtans voor dat, onder meer omwille van de minder goede bakkwaliteit van het meel in de bereiding van gewoon brood een weinig vetstof aan het meel toegevoegd wordt. Bij wege van tolerantie mag er aangenomen worden dat het aldus bereide brood van de overdrachttaxe vrijgesteld blijft, indien het minder dan 3 ten honderd eetbare vetten bevat berekend op het gewicht van de droge stof (dit is het meel)"

De vereniging zonder winstoogmerk "Groepering van de Belgische bakkerijen" en de erkende beroepsvereniging "Corporation des boulangers-pâtisiers du bassin de Charleroi" vroegen aan de Raad van State deze omzendbrief te vernietigen, o.a. wegens strijd van definitie van het woord "brood", zoals het in de omzendbrief voorkwam, met de definitie die voorkwam in het koninklijk besluit van 20 mei 1964 betreffende de bereiding, het gewicht van en de handel in brood en andere met meel bereide produkten van brood- en banketbakkerijen.

De tegenpartij, het ministerie van Financiën, wierp een drietal excepties van onontvankelijkheid op, die wegens hun belangrijkheid hier woordelijk mogen worden weergegeven : "De ministeriële omzendbrieven van 6 juli 1965, n° 49 en van 9 november 1965, n° 74, hebben geen ander doel dan de ambtenaren van de betrokken administratie op te dragen, artikel 22, 2° van het Wetboek toe te passen in de zin welke die brieven aangeven ; zij hebben noch de strekking, noch de gevolgen van een belastingverordening, zij vaardigen geen bindende regel uit voor de belastingplichtigen, aan wie ze niet kunnen worden tegengeworpen en voor wie ze dus niet griefhoudend kunnen zijn. Tegen de laatste van die omzendbrieven kan derhalve geen annulatieberoep op grond van artikel 9 van de wet van 23 december 1946 worden ingesteld.

Subsidiair : de omzendbrief verzacht alleen maar de wet en kan derhalve wegens gemis aan belang, niet voor de Raad van State worden aangevallen." Verwezen werd naar het koninklijk besluit van 28 september 1891, dat van het begrip brood een zeer strikte definitie gaf ; o.a. mochten er geen

vetstoffen in voorkomen. De memorie van antwoord vervolgt : "Het is juist dat de administratie bij wege van tolerantie de toepassing van de vrijstelling heeft uitgebreid tot de zogenaamde fantasie, keur- of luxebroden, voor zover bij hun bereiding geen suiker, honing, eieren, vetstoffen, kaas of vruchten worden gebruikt. Zo is het ook ter verzachting van het wetsvoorschrift dat de administratie heeft aangenomen dat de vrijstelling ook ten goede zou komen aan de bedoelde produkten die minder dan 3 ten honderd eetbare vetten, berekend op het gewicht van de droge stof, bevatten. Met die verzachting heeft de administratie haar macht overschreden noch afgewend, zij heeft alleen maar, om praktische redenen, afgezien van een starre wetstoepassing, dit binnen de grenzen welke zij heeft vastgesteld.

In zover de toepassing van de wet erdoor wordt uitgebreid tot gevallen waarin de teksten niet voorzien, kunnen de belastingplichtigen de verzachtingen niet inroepen in rechte, als de administratie ze niet op hun geval bedoelt toe te passen, zij kunnen ze zelfs niet inroepen om zich aan de wet te onttrekken ...

Het staat niet aan de rechterlijke macht, toezicht of kritiek op de uitvoerende macht uit te oefenen wanneer deze die verzachtingen onder haar eigen verantwoordelijkheid en in het belang van een goed beleid invoert..."

Tenslotte zag het bestuur een derde grond van onontvankelijkheid in de onbevoegdheid van de Raad van State : "Gelet op de uitdrukkelijke, duidelijke en stellige bewoordingen van artikel 202-7 van het Wetboek van de met het zegel gelijkgestelde taxes kan de bevoegdheid van de rechtbank waaraan dat geschil (betreffende de interpretatie van het woord "brood") is voorgelegd, niet worden betwist. De Staat, die in dit geding als verweerder optreedt, heeft overigens geenszins de bedoeling zich op de onbevoegdheid van de rechtbank te beroepen, en evenmin de stelling te verdedigen dat de rechtbank gebonden zou zijn door de omzendbrief van 9 november 1965, n° 74.

Mocht de Raad van State zich bevoegd verklaren, dan loopt men bovendien gevaar te komen tot tegenstrijdige beslissingen over de betekenis die aan de dwingende belastingbepalingen moet worden gegeven."

Toch verklaarde de Raad van State zich bevoegd. Het verzet tegen een dwangmaning waarvan sprake in artikel 202-7, staat alleen open voor belastingplichtigen. Verzoekende partijen zijn echter geen belastingplichtigen, zodat er voor hen geen "recours parallèle" is. Het risico van tegenstrijdige beslissingen neemt de Raad er op de koop toe bij. Toch was het juist deze overweging die de Raad ertoe bracht zich onbevoegd te verklaren in de zaak van het Medisch Centrum van Heist-op-den-Berg, besproken in § 14 van hoofdstuk I (1).

Vervolgens antwoordt de Raad op het argument dat de omzendbrief voor de rechtsonderhorigen niet verbindend en dus niet griefhoudend is. Een nauwkeurige analyse van de voorgestelde onontvankelijkheidsgrond toont aan dat deze in feite twee facetten vertoont : het is niet een voor vernietiging vatbare handeling (zij brengt geen verandering in de rechtstoestand van de betrokkenen), en daarom hebben zij bij een eventuele vernietiging geen belang (m.a.w. het vereiste belang ontbreekt).

Voortgaande op de theorie dat pseudo-wetgeving aan de bestuursorganen niet tegenstelbaar is, zou de conclusie moeten zijn dat de voorgestelde exceptie gegrond is.

Om die conclusie te ontwijken toont de Raad van State aan dat de omzendbrief wel rechtsgevolgen kan hebben voor de bakkers, wier belangen de verzoekende partijen ter harte nemen. De bakkers zijn niet zelf de belastingplichtigen, maar als onbezoldigde medewerkers van de fiscus innen zij de verschuldigde belasting van de kopers. Innen zij die belasting niet waar de omzendbrief hem voorschrijft, dan kunnen hun fiscale geldboeten worden opgelegd, die alleen de Minister van Financiën kan kwijtschelden of verminderen. Daaruit besluit de Raad dat de omzendbrief meer is dan een maatregel van inwendige orde en griefhoudend is voor de categorie van personen, wier belangen de verzoeksters verdedigen.

(1) Raad van State, 20 oktober 1971, n° 14954 en 14955.

De derde exceptie tenslotte, dat de omzendbrief de wet alleen maar verzacht, en dat verzoeksters dus van geen belang doet blijken, treft geen doel omdat de administratie zelf toegeeft dat het hier om toleranties gaat die niet in rechte afdwingbaar zijn. Met andere woorden 'de belastingsschuldige die van een bij een omzendbrief uitgevaardigde tolerantie gebruik heeft gemaakt, heeft geen enkele rechtswaarborg dat hij naderhand aan de inning van de taxe en aan veroordeling tot geldboete zal ontkomen, als het de administratie en haar ambtenaren gelegen komt daartoe over te gaan".

Men kan zich afvragen of dit verweer wel terecht als een exceptie beschouwd kan worden. Raakt het niet veeleer de grond van de zaak, daar het in wezen gaat om de definitie van het begrip "brood" (waaraan de tolerantie gekoppeld wordt), definitie waarvan de wettelijkheid juist het voorwerp van de betwisting is ?

Hoe dan ook, de omzendbrief wordt door de Raad vernietigd omdat definitie van het begrip "brood" in de omzendbrief ten onrechte aanleunt bij de strikte definitie van het koninklijk besluit van 28 september 1891. Volgens de Raad was het bestuur gebonden door de definitie van het koninklijk besluit van 20 mei 1964.

- 87.- Tegen dit arrest werd geen cassatieberoep aangetekend. De administratie was immers van mening dat de materie verouderd was, omdat het systeem van overdrachtstaxes inmiddels vervangen was geworden door de belasting op de toegevoegde waarde.

Met dit arrest dat ook op andere gebieden belangrijk is, met name wat betreft de bevoegdheidsafbakening tussen de Raad van State en de gewone rechtbanken (1) - geeft de Raad van State een ruimere erkenning aan het bestaan van pseudo-wetgeving, en meteen stelt zich dan het probleem van de openbaarheid ervan.

- 88.- Weliswaar heeft de Raad van State getracht het geval te situeren in het kader van haar vroegere rechtspraak, door de bakkers als onbezoldigde medewerkers van de fiskus te bestempelen, en dus min of meer gelijk te

(1) Zie de noot van DONNAY onder het arrest, in *Rec. gén.* 1974, n° 21776, p. 104-117.

stellen met ambtenaren wier rechtstoestand door pseudo-wetgeving beïnvloed wordt, en die derhalve ontvankelijk zijn om de nietigheid ervan aan te vragen, maar toch valt niet te ontkennen dat de Raad hier nieuwe wegen bewandelt.

De Raad gaat nog niet zo ver als de rechtbank van Antwerpen, die in een vonnis van 20 juni 1968 zich de bevoegdheid aanmatigde om de gelijke toepassing van van de wet afwijkende omzendbrieven na te gaan. De rechtbank stelde zonder meer dat de administratie rechtens gebonden is door haar eigen omzendbrieven (1).

De vraag of in dit geval de Raad ook een vordering van bv. een verbruikersvereniging of van individuele verbruikers, die de eigenlijke belastingplichtigen, zijn ontvankelijk zou verklaren is voorlopig niet te beantwoorden.

Die kunnen namelijk helemaal niet met ambtenaren gelijkgesteld worden. Zou de Raad zo'n vordering toch ontvankelijk verklaren, dan kan dit alleen maar betekenen dat pseudo-wetgeving zowel de administratie bindt, als door de rechtsonderhorigen ter staving van hun zaak kan worden ingeroepen. De gevolgen van een dergelijke houding - die in feite niet meer zou zijn dan het erkennen van de werkelijkheid, namelijk dat pseudo-wetgeving ook voor de bestuurden rechtsgevolgen heeft - zijn vooralsnog niet te overzien en het is hier ook niet de plaats om daarop in te gaan.

89.- Wat wel opgemerkt moet worden is dat voor pseudo-wetgeving geen enkele openbaarheid voorgeschreven is.

Waar algemeen aanvaard wordt dat van fiskale wettelijke bepalingen door

(1) Rechtbank van Antwerpen, 20 juni 1968, *Rec. gén.*, 1968, p. 387, met noot C. Scailteut.

de administratie mag afgeweken worden (1) en ontegensprekelijk de positie van de betrokken partikulieren beïnvloedt, leidt een strak vasthouden aan de idee dat pseudo-wetgeving door de rechterlijke macht genegeerd moet worden, tot de ongerijmde stelling dat wetten, koninklijke en ministeriële besluiten wel aan een algemene of beperkte mededelingsplicht onderworpen zijn (2), en wel op straffe van niet-tegenstelbaarheid, terwijl omzendbrieven, instructies en andere specimen van het genus pseudo-wetgeving, die in feite de toepassing van wetten, koninklijke en ministeriële besluiten regelen, aan geen enkele publikatieplicht onderworpen zijn.

De oplossing moet niet zijn om pseudo wetgeving via een ministeriële of koninklijke sanctie om aan de publicatieplicht te onderwerpen. Die oplossing stuit zowel op praktische als theoretische bezwaren : met de detailuitwerking en toepassing van wetten en besluiten hoeft de tijd van de ministers en de koning niet nog meer gehypothekeerd te worden, en de administratie is zelf best geplaatst om te weten hoe zij de wetten en besluiten, met de haar ter beschikking staande personen en middelen kan toepassen. Veeleer moet gestreefd worden naar de rechtstreekse erkenning zowel van het bestaan als van de juridische waarde van de pseudo-wetgeving, en deze, als zodanig, openbaar te doen maken. Koppelt men daaraan de verplichting voor het bestuur, om daar waar nodig, omzendbrieven en instructies op te maken en deze te doen publiceren, dan lijkt een goede stap gezet te zijn op weg naar een betere rechtsbescherming.

(1) Rechtbank Nijvel 22 november 1954, *Rec. gén.*, n° 19493.

Rechtbank Luik, 24 februari 1955, *Rec. gén.*, n° 19628.

Rechtbank Antwerpen, 12 september 1957, *Rec. gén.*, n° 19951.

Rechtbank Gent, 30 juni 1958, *Rec. gén.*, n° 20045.

Rechtbank Antwerpen, 20 juni 1968, *Rec. gén.*, 1968, p. 387.

Hoewel dus door de rechtbanken de bevoegdheid van de administratie om van de wet af te wijken, aanvaard wordt, is de wettelijkheid daarvan hoogst betwistbaar. Wettelijk verschuldigde belastingen worden niet geïnd, zonder dat men ziet op welke grond de administratie nalaat die belastingen te innen. Een mooi voorbeeld van toegeeflijke en dus potentiëel discriminatoire wetstoepassing.

(2) Artikelen 4 en 6 van de wet van 31 mei 1961 ; zie ook artikel 56 van het Koninklijk Besluit van 18 juli 1966 houdende coördinatie van de wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken.

Dit geldt niet alleen voor fiskale wetgeving, waar een uitgebreide pseudo-wetgeving voorhanden is, die bovendien grotendeels of gepubliceerd of toegankelijk is, maar ook en des te meer voor de andere gebieden die de administratie bestrijkt. De aandacht moet vooral gaan naar die materies waar men geen "rechten" kan laten gelden (vergunningen allerhande : bouwvergunningen, exportvergunningen ; subsidies, vreemdelingenrecht), en waar de behoefte aan kennis van de criteria en modaliteiten van het overheidsoptreden daarom des te groter is.

§ 2. DE PLICHT TOT OPENBAARHEID

1. *Voorafgaande opmerking*

90.- Er zijn in het Belgische recht heel wat meer wettelijke bepalingen die aan het bestuur voorschrijven om bepaalde beslissingen, documenten, berichten en handelingen op een of andere wijze openbaar te maken, dan men zou vermoeden.

Het is ondoenlijk om op gedetailleerde wijze op al deze bepalingen in te gaan : daarom werd alleen een recente wet ontleed vanuit het standpunt van de openbaarheid : de wet op de ruimtelijke ordening in stedenbouw.

Wat betreft de openbaarmaking, zelf, deze kan vanuit twee gezichtshoeken benaderd worden : wie heeft aanspraak op openbaarheid ? Op welke wijze wordt die openbaarmaking gerealiseerd ?

2. *Teksten met reglementaire draagwijdte*

91.- Verplichting tot openbaarmaking, ofwel van de beslissing zelf, ofwel van het voornemen een beslissing te nemen, komt voor in de meest uiteenlopende wetten en besluiten.

Vanwege die diversiteit kan onderstaande lijst dan ook geen aanspraak maken op volledigheid.

Getracht werd de teksten naar hun onderwerp te rangschikken.

a) *Publicatie van de beslissingen van politieke organen*

Artikel 129 van de Grondwet : "Geen wet, geen besluit of verordening van algemeen, provinciaal of gemeentelijk belang is verbindend dan na te zijn bekendgemaakt in de vorm bij de wet bepaald".

De uitvoering van deze bepaling wordt wat de wetten, koninklijke en ministeriële besluiten betreft, geregeld door de artikels 4 en 6 van de wet van 31 mei 1961, en art. 47 van de wet van 2 augustus 1963. Zij zijn verbindend in het hele rijk de tiende dag na hun bekendmaking in het Belgisch Staatsblad. Deze regel geldt niet voor besluiten die niet de algemeenheid van de burgers aanbelangen.

Volgens het Hof van Cassatie beoogt de publicatie in het Belgisch Staatsblad niet de bekendmaking aan de burgers, maar is het alleen een formaliteit die vereist is om op de wet de stempel van authenticiteit te drukken (1). De graad van bekendmaking door publicatie in het Belgisch Staatsblad moet trouwens gering geacht worden, als men weet dat het Staatsblad niet kosteloos is, of zelfs maar op voor de burger gemakkelijk te bereiken plaatsen kan ingezien worden, en dat de totale oplage voor 1974, 21.900 exemplaren bedroeg.

Daar komt dan nog bij dat de leesbaarheid van de teksten die in het Staatsblad opgenomen zijn, praktisch nul is (2).

Een verduidelijking van het begrip "besluit dat op de burgers in het algemeen betrekking heeft" geeft het arrest van de Raad van State van 2 december 1971 (3). Volgens de Raad moet onder besluit dat op de burgers in het algemeen betrekking heeft verstaan worden, een besluit dat een hele categorie van in dezelfde feitelijke omstandigheden verkerende burgers betreft. Op basis van die interpretatie vernietigde de Raad een maatregel genomen op grond van het Ministerieel Besluit van 5 april 1929, tot vaststelling van het huishoudelijk reglement van de atheneum, dat betrekking had op alle gezinshoofden die hun kind in het koninklijk atheneum laten inschrijven, en dat niet in het Belgisch Staatsblad gepubliceerd was.

- 93.- Ook voor de provincies en de gemeenten is er een grondwettelijke bepaling ter waarborging van de openbaarheid, maar dan van meer beperkte draagwijdte; artikel 108, 5° draagt aan de wetgever op er voor te waken dat de begrotingen en rekeningen van de provincies en gemeenten openbaar zijn.

Aan deze opdracht van de grondwet komen artikel 68 van de provinciale wet en 71 van de gemeentewet tegemoet. Maar de wetgever heeft de openbaardheidsplicht uitgebreid, wat betreft de genomen beslissingen door de bekendmaking ervan voor te schrijven op straffe van de burgers niet te binden (4).

(1) Hof van Cassatie, 4 juni 1919, *Pas.*, 1919, I, 97.

Zie ook : VRANCKX A., Iedereen wordt geacht de wet te kennen (en de aldaar in voetnoot 13 geciteerde rechtspraak) *R.W.*, 1955-1956, 1217.

(2) THOMAS J., De leesbaarheid van de administratieve taal, *TBP*, 1964, p. 39.

(3) Raad van State, 2 december 1971, n° 15039.

(4) Hof van Cassatie, 17 oktober 1876, I, 389.

Artikels 117 en 118 van de provinciale wet en 102 van de gemeentewet schrijven voor dat alle "reglementen en verordeningen" van de provinciale raad, de bestendige deputatie, de gemeenteraad en het college van burgemeester en schepenen bekendgemaakt moeten worden. Voor de provincie gebeurt de bekendmaking door publicatie in het Bestuursmemoriaal, voor de gemeenten, door omroeping en aanplakking.

Het bewijs van de bekendmaking kan, wat de provincie betreft, gemakkelijk geleverd worden door na te gaan of het betrokken reglement of verordening wel in het Bestuursmemoriaal opgenomen werd, maar voor de gemeentelijke verordeningen en reglementen is dat bewijs moeilijker. De rechtspraak heeft uitgemaakt dat een attest van de burgemeester, dat de bekendmaking werkelijk gebeurd is, een voldoende bewijs oplevert (1).

De doeltreffendheid van de publicatie van de provinciale en gemeentelijke verordeningen moet niet hoger geschat worden dan deze van wetten en besluiten ; verwezen mogen worden naar de aldaar gemaakte opmerkingen.

Hoewel de bekendmakingsplicht alleen voor reglementen en verordeningen voorgeschreven is, spreekt het vanzelf dat beslissingen met individuele draagwijdte eerst aan de betrokkenen ter kennis moeten zijn gebracht vooraleer zij hun tegengesteld kunnen worden.

- 94.- De publicatieplicht geldt ook voor de door de grondwetswijziging opgerichte politieke organen. Artikel 129 van de grondwet is blijkens artikel 59 bis § 5, lid 2, ook van toepassing op de decreten. Deze verplichting is nader uitgewerkt in de artikelen 7, 8 en 9 van de wet van 3 juli 1971, tot indeling van de leden van de wetgevende kamers in taalgroepen en houdende diverse bepalingen betreffende de cultuurraden voor de Nederlandse cultuurgemeenschap en voor de Franse cultuurgemeenschap : publicatie in het Belgisch Staatsblad in de taal van de cultuurraad, met een vertaling in de taal van de andere cultuurraad ; de decreten zijn verbindend de tiende dag na hun publicatie, tenzij in het decreet een andere termijn bepaald wordt.

De verordeningen en de besluiten van de raden en colleges van de agglomeraties en federaties, moeten bekendgemaakt worden volgens door de Koning nader te bepalen regels, en worden verbindend de vijfde dag na hun publicatie, behalve wanneer de verordening of het besluit een kortere tijd bepaalt (art. 45 § 2 van de wet).

Opgemerkt moet worden, dat waar in de provinciale en de gemeentewet sprake is van "verordeningen en reglementen" in bovenstaand artikel 45 § 2 melding gemaakt wordt van "verordeningen en besluiten". "Besluit" is ongetwijfeld een ruimer begrip dan "verordening" of "reglement", daar het ook beslissingen met een individuele draagwijdte in zich sluit. Mag daaruit afgeleid worden dat voor de agglomeraties en federaties een bredere publicatieplicht bestaat dan voor provincies en gemeenten ? Waarschijnlijk niet, daar het hier vermoedelijk om een terminologisch onnauwkeurigheid gaat.

Voor wetten, decreten, koninklijke en ministeriële besluiten kan het tijd-

(1) Hof van Cassatie 8 mei 1905, *Pas.*, 1905, I, 216.

Hof van Cassatie, 20 juli 1951, *Arresten*, 1951, 692 ; *Pas.*, 1951, I, 794.

Hof van Cassatie, 14 januari 1952, *Arresten*, 1952, 230; *Pas.*, 1952, I, 256.

stip waarop zij verbindend worden, zowel verlengd als ingekort worden; provincies, agglomeraties en federaties en gemeenten kunnen die termijn alleen maar inkorten. Daaruit moet afgeleid worden dat de beslissingen van deze instellingen die gepubliceerd moeten worden, na het verstrijken van de wettelijk bepaalde termijn verbindend worden, en dat deze termijn niet verlengd kan worden.

b) *Openbaarheid van het besluitvormingsproces in de politieke organen*

- 95.- Art. 33 van de Grondwet bepaalt dat de vergaderingen van de Kamer en Senaat openbaar zijn, en blijkens art. 59bis geldt dit ook voor de Cultuurraden. Op verzoek van de voorzitter of van tien leden kunnen de deuren gesloten worden, waarna de vergadering bij meerderheidsstemming beslist of de behandeling van het onderwerp al dan niet in beslotenheid zal plaatsvinden.

Voor de Ministerraad (1) en de commissies van het parlement en de cultuurraden (2) bestaat er geen openbaarheidsplicht, en op de vergaderingen van deze organen worden dan ook geen buitenstaanders toegelaten.

Voor de provincies en gemeenten is er de bepaling van artikel 100, 4° van de Grondwet : de provincie- en gemeentewet moeten, binnen de grenzen die zij stellen, de openbaarheid van de provincie- en gemeenteraden waarborgen.

Het principe van de openbaarheid van de vergaderingen wordt hernomen in artikel 51 van de Provinciewet en 71 van de gemeentewet.

De vergaderingen van de provincieraden zijn openbaar, maar op verzoek van de voorzitter, de gouverneur, of vijf leden worden de deuren gesloten, waarna de raad bij meerderheidsstemming beslist of de vergadering al dan niet besloten blijft.

Voor de gemeenteraden is er een meer ingewikkelde regeling. Sommige onderwerpen moeten in openbare vergadering behandeld worden, andere moeten daarentegen achter gesloten deuren besproken worden. Op verzoek van tweederden van de leden moet de vergadering openbaar zijn; een zelfde aantal kan eisen dat de vergadering besloten zal zijn, in welk geval ook, maar dan om zwaarwichtige redenen en in het belang van de openbare orde. "In alle andere gevallen" zegt artikel 71 ; "is de vergadering al of niet openbaar". Daarmee wordt niet gezegd wie beslist of de vergaderingen al dan niet openbaar zullen zijn.

De rechtsleer leidt uit de wordingsgeschiedenis van de gemeentewet af dat de vergadering als regel niet openbaar is, en dat de telkenmale een

(1) *Pandectes belges*, V° Publicité, n° 39.

(2) Reglement van de Kamer der Volksvertegenwoordigers, art. 21, art. 20.4 en 67 a contrario.

Reglement van de Senaat, art. 58a contrario.

Reglement van de Cultuurraad voor de Nederlandse Cultuurgemeenschap : art. 17 en 18.

Reglement van de Cultuurraad voor de Franse Cultuurgemeenschap : art. 15 en 18.

tweederde meerderheid de openbaarheid moet aanvragen (1). Een, weliswaar oud, koninklijk besluit vernietigde een reglement van de gemeenteraad van Leuven dat bepaalde dat de openbaarheid de regel zou zijn voor alle vergaderingen waar de wet zulks toestond (2).

De vergaderingen van de uitvoerende colleges zijn niet openbaar (3).

c) *Recht op informatie m.b.t. de besluiten van politieke organen*

96.- Openbaarheid van de besluitvorming en van de besluiten zelf, wordt ondersteund door sommige specifieke wettelijke bepalingen.

Rekeningen en begrotingen van de provincie moeten in het Bestuursmemoriaal gepubliceerd worden en de rekeningen mogen gedurende een maand na hun afsluiting door het publiek, d.w.z. iedereen, ingezien worden op de provinciale griffie. In het Bestuursmemoriaal en in een dagblad, dat in de provincie verschijnt, moet het bericht opgenomen worden dat de rekeningen ingezien kunnen worden (4).

Bovendien moet de griffier aan iedere belanghebbende inzage geven van de akten van de raad of van de deputatie, alsook van de in het archief neergelegde stukken (5).

Belangrijk is het functioneel informatierecht van de leden van de provincieraad.

Kan men kritiek uitoefenen op de korte termijn voor de mededeling van de dagorde (6), dan wordt dit ruimschoots gecompenseerd door het recht van de raadsleden om iedere akte of stuk dat het provinciaal bestuur betreft te onderzoeken (7), en doordat ieder stuk dat uit naam van de raad gedrukt wordt, aan ieder lid moet toegezonden worden (8).

Tenslotte beschikt de raad ook over een collectief informatierecht. Een of meer leden kunnen van de raad de opdracht krijgen om inlichtingen in te winnen op een gebied waar de raad bevoegd is. De raad kan daartoe

(1) *Pandectes belges*, V° Conseil Communal, n° 244 en 245 ; MACAR, *Les institutions communales*, in : *Les Nouvelles. Lois politiques et administratives*, T.I., n° 95 tot 97.

(2) K.B. van 25 maart 1843, *Rev. adm.*, 1855, p. 403.

(3) *Pandectes belges*, V° Collège échevinal, n° 27, 73, 74 en 151. contra: Humblet : *De la publicité en matière administrative*.

(4) Art. 68 Prov. Wet.

(5) Art. 120 lid 4 Prov. Wet

(6) Art. 57 Prov. Wet

(7) Art. 65 Prov. Wet

(8) Art. 120 lid 3 Prov. Wet

ook rechtstreeks corresponderen met andere overheidslichamen of ambtenaren. Weigeren ondergeschikte besturen de nodige inlichtingen te verschaffen, dan kan de raad een of meer van zijn leden opdragen ter plaatse die inlichtingen te verzamelen, alles op kosten van de onwillige besturen (1).

- 97.- Op gemeentelijk niveau vindt men overeenkomstige bepalingen, maar gewoonlijk wat ruimer geformuleerd.

Zo heeft ieder inwoner van de gemeente, zelfs al zou hij er geen belang bij hebben, recht op inzage in de beraadslagingen van de gemeenteraad. Betreft het beslissingen in besloten vergadering genomen, dan kan de raad beslissen dat ze gedurende enige tijd geheim gehouden worden (2).

Rekeningen en begrotingen mogen steeds door iedere belastingschuldige ingezien worden (3) ; machtigingen tot het heffen van een omslagbelasting moeten, vooraleer zij definitief door de gemeenteraad worden aangenomen, ten minste vijftien dagen ingezien kunnen worden door de belastingplichtigen, die bezwaren bij de gemeenteraad kunnen maken. Bekendmaking moet gegeven worden aan de voorgenomen belastingheffing (4).

De oproeping tot de vergaderingen van de raad, met vermelding van de dagorde, gebeurt schriftelijk en ten minste twee dagen voor de dag van de vergadering (5). Geen akte of stuk van het bestuur der gemeente mag aan het onderzoek van de raadsleden onttrokken worden (6). Aan het recht van de leden om met kennis van zaken te beslissen houdt de Raad van State op strikte wijze de hand, zoals moge blijken uit dit voorbeeld. Naar aanleiding van een bevordering, waarover de gemeenteraad te beslissen had, had de superieur van de kandidaten voor die bevordering rapporten opgesteld over de wijze waarop de kandidaten zich tot dan toe van hun taak gekweten hadden. Een raadslid had om mededeling van die rapporten verzocht, maar de meerderheid van de raad was daar niet op ingegaan. De bevorderingsbeslissing van de raad werd door de Raad van State wegens machtsoverschrijding vernietigd. Het arrest bevat een belangrijke considerans van algemene draagwijdte : "Overwegende dat de bevoegde overheid, wil zij op regelmatige wijze een beslissing nemen, volledig ingelicht moet zijn over de belangrijke gegevens welke die beslissing kunnen beïnvloeden ; dat in een gemeenteraad, elk raadslid op die informatie recht heeft"(7).

(1) Art. 84 Prov. WEt. Zie ook artikel 88 van de Gemeentewet.

(2) Art. 69 lid 1 Gem. Wet

(3) Art. 140 Gem. Wet

(4) Art. 135 Gem. Wet

(5) Art. 63 Gem. Wet

(6) Art. 69 lid 2 Gem. Wet

(7) Raad van State, 7 december 1970, n° 14404.

De nieuwe benoeming, die op deze vernietiging volgde, werd op haar beurt door afgewezen kandidaten aangevallen. Zij voerden o.a. aan dat de rapporten die hun superieur ten behoeve van de gemeenteraad had opgesteld, niet aan hen voorgelegd waren, noch door hen weerlegd hadden kunnen worden. De Raad van State was evenwel van mening dat die rapporten geen beoordeling waren, en ook geen deel uitmaakten van een tuchtprocedure, en dat de kandidaten dus ook geen recht konden laten gelden op voorafgaande inzage of weerlegging (1).

d) Onteigening en aanverwante materies

98.- De onteigeningswetgeving is van oudsher een voorbeeld van een wet waar aan informatie van de burgers, en op de eerste plaats de belanghebbenden, aandacht werd besteed. Gezien de materie kon het moeilijk anders.

Artikel 3 van de wet van 17 april 1835 bepaalt dat afschrift van het exploit houdende dagvaarding voor de rechter tot bepaling van de vergoeding en regeling van de in bezitstelling aangeplakt moet worden "op de hoofddeur van de kerk en van het gemeentehuis der plaats waar de goederen gelegen zijn". Het exploit moet ook bij uittreksel gepubliceerd worden in een der dagbladen verschijnend in het arrondissement en in de provincie.

In het koninklijk besluit van 15 november 1867, dat de wetten van 1 juli 1858 en 15 november 1867, op de onteigening bij stroken, coördineert, is de voorafgaande informatie al heel wat verder doorgedreven. Er is een commissie samen te stellen door de bestendige deputatie, die advies uitbrengt over het nut en het plan van de ontworpen werken (2). Het plan ligt gedurende een maand ter inzage op het secretariaat van de betrokken gemeente (3).

De wet van 27 mei 1870, ter vereenvoudiging van de administratieve formaliteiten inzake onteigening ten algemene nutte, schrijft voor dat de wet of het koninklijk besluit dat de onteigening toestaat, voorafgegaan moet worden door een onderzoek (4). Voorwerp van het onderzoek is het ontwerp van de voorgenomen werken en onteigeningen dat minstens vijftien dagen ter inzage moet liggen op de secretariaten van de betrokken gemeentehuizen. Een en ander moet niet alleen aangeplakt en gepubliceerd worden "in de voor de officiële bekendmakingen gebruikelijke vorm", de eigenaars wier eigendommen binnen de omtrek van het plan liggen, moeten schriftelijk en ieder afzonderlijk van de nederlegging ter inzage van het ontwerp op de hoogte gebracht worden. Gebeurt dit niet, dan is de

(1) Raad van State, 8 juni 1972, n° 15340.

(2) Art. 2 van het K.B. van 15 november 1867.

(3) Art. 5 van het K.B. van 15 november 1867.

(4) Art. 1 van de wet van 27 mei 1870.

onteigeningsprocedure nietig t.o.v. de niet gewaarschuwde eigenaar (1). Proces-verbaal wordt opgesteld van de geuite bezwaren, en de gemeenteraad dan wel de provincieraad moeten op gemotiveerde wijze hun oordeel daarover uitspreken (2).

Het spreekt vanzelf dat de "rechtspleging bij dringende omstandigheden inzake onteigening ten algemene nutte" ingevoerd bij de wet van 10 mei 1926, moeilijker te verenigen valt met het bestaan van uitgebreide voorafgaande informatie. De informatie van de betrokkenen valt praktisch samen met het begin van de gerechtelijke procedure : de beslissing te onteigenen is dan reeds genomen zonder dat de burgers erin gekend werden (3).

De principes van de bij het koninklijk besluit van 15 november 1867 geëördineerde wetten worden mutatis mutandis ook opgenomen in de wet van 28 juni 1930, betreffende de onteigening bij stroken van algemeen of provinciaal belang.

Daarentegen, in de wet van 18 juli 1959, tot invoering van bijzondere maatregelen, ter bestrijding van de economisch en sociale moeilijkheden in sommige gewesten, is de voorafgaande informatie niet zo uitgebreid geregeld. Er bestaat alleen de verplichting van een openbaar onderzoek, dat vijftien dagen zal duren. Alleen de eigenaars van de te onteigenen percelen moeten gewaarschuwd worden (4). Verder wordt er niets gezegd over bekendmaking, de mogelijkheid bezwaren in te dienen, het al of niet verplicht beantwoorden daarvan, datum waarop het onderzoek ingaat, enz.

Vermeld moet ook nog worden de wet van 26 juli 1962, betreffende de onteigeningen ten algemene nutte en de concessies voor de bouw van autosnelwegen, die in zijn artikel 5 de materie van de onteigening bij dringende omstandigheden regelt en de op dezelfde materie betrekking hebbende besluitwet van 3 februari 1947 afschaft. Voorafgaande informatie bestaat hier praktisch niet, wat, zoals hierboven al gezegd werd, verklaarbaar is door de noodzaak om snel te handelen, een van de redenen, die bij de uitwerking van deze wet voorzat. Evenwel doet het bestuur thans voor gelijk welke onteigening bij voorkeur een beroep op deze wet, in zoverre dat de andere wetten haast niet meer toegepast worden (5). De voorkeur van de overheid voor deze wet is te begrijpen, omdat de procedure sneller verloopt, althans kan verlopen en voor haar minder last meebrengt. In hoofdstuk I werd aangestipt dat daardoor misbruiken ontstaan : een koninklijk besluit dat vaststelt dat een bepaald goed onmiddellijk in bezit genomen moet worden, wordt pas jaren later uitge-

(1) Art. 2 en 3 van de wet van 27 mei 1870.

(2) Art. 5 en 6 van de wet van 27 mei 1870.

(3) Art. 2 van de wet van 10 mei 1926.

(4) Art. 16 van de wet van 18 juli 1959.

(5) A. GREGOIRE, Expropriations. Procédures., *Res et iura immobilia*, 1973, p. 281-284.

voerd. Het valt te hopen dat de rechterlijke macht orde zal stellen op zaken door na te gaan of de voorgenomen onteigening werkelijk "dringend" is.

- 99.- Onder de aan de onteigening aanverwante materies kan men vermelden de (inmiddels gedeeltelijk door de wet van 29 maart 1962 voorbijgestreefde) wet van 10 april 1841, die bepaalde publiciteitsregels voorziet bij het opmaken van rooi- en afpalingsplannen, het ingebruiknemen, onderhouden, herstellen, aanleggen, afschaffen en wijzigen van buurtwegen.

Van meer belang is de wet van 22 juli 1970 op de ruilverkavelingen van landeigendommen uit kracht van wet.

De voorlichting en de openbaarheid in verband met het ruilverkavelingsproces is tot in de details uitgewerkt en leent zich niet voor een korte beschrijving ; derhalve moge naar de wet zelve verwezen worden, en naar de studies van De Leeuw (1) en vooral van Delnoy (2).

e) *Ambtenaren*

- *Statuut van het Rijkspersoneel*

- 100.- Wetten en besluiten die het statuut van het overheidspersoneel regelen, bevatten heel wat bepalingen die aan het bestuur de plicht opleggen opening van zaken te geven aan de ambtenaar vooraleer een maatregel te zijnen opzichte genomen mag worden.

Aan dit aspekt van de rechtstoestand van het overheidspersoneel werd tot nu toe geen aandacht besteed in de rechtsleer (3), en binnen het kader van deze studie kunnen ook alleen maar de voornaamste bepalingen worden aangeduid.

Aanwerving van rijksambtenaren, of het aanleggen van een wervingsreserve, door middel van een vergelijkend wervingsexamen, worden volgens artikel 22 van het Statuut van het Rijkspersoneel gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad en ook anderzins bekendgemaakt als de overheid die het examen inricht zulks doeltreffend acht.

(1) DE LEEUW A., Een nieuwe wet op de ruilverkaveling van landbouwgronden. *T.P.R.*, 1971, p. 175-186.

(2) DELNOY Paul, Bilan critique des dispositions concernant la réorganisation du facteur terre dans l'exploitation agricole belge. *Annales de la Faculté de Droit de Liège*, 1971, p. 407-525, vooral op p. 432-436 en 486-523.

(3) Incidentieel wordt het wel vermeld in bijdragen van meer algemene aard. CLOSSET Ch. L., Le statut de la fonction publique depuis la réforme de 1964, *Rev. adm.*, 1965, 101-109 en 125-132 ; SAROT J., Réflexions à propos du statut des agents de l'Etat, *Rev. adm.* 1969, p. 173-186; FLAMME M.A., La responsabilité personnelle des fonctionnaires, *Rev. adm.* 1968, p. 77-120.

In een recent arrest heeft de Raad van State erop gewezen dat de bekendmaking een substantiële formaliteit is, die niet alleen in het belang van de overheid, die gekwalificeerde ambtenaren wenst aan te trekken, gegeven is, maar ook om aan de gegadigden tot de betrekking een gelijke kans te geven. De bekendmaking moet bovendien voldoende precies geformuleerd zijn, en met name op duidelijke wijze de benoembaarheidsvoorwaarden vermelden (1).

In een ander arrest heeft de Raad geoordeeld dat de overheid ervoor te zorgen heeft dat zij alles doet wat van haar afhangt om de kandidaten voor een bevorderingsexamen een behoorlijke tijd op voorhand te waarschuwen wanneer en waar het examen zal afgenomen worden, en welke andere bijkomende verplichtingen van praktische aard aan de kandidaten zijn opgelegd (2).

Andere bepalingen die een voorafgaande informatie aan de betrokken ambtenaren opleggen vindt men in artikel 30 (aanvullend onderzoek naar de geschiktheid van een stagiair), 34 (mededeling van de maandelijksse rapporten aan de stagiairs van de niveaus 2, 3 en 4), 35 (aanvullend stage onderzoek over de geschiktheid van deze stagiairs), 36 ((eindrapport van de stage in de niveaus 2, 3 en 4), 37 (aanvullend eindonderzoek over de geschiktheid op niveaus 2, 3 en 4), 58 (kennisneming van het beoordelingsdossier door de ambtenaren van de voorstellen tot het toekennen van vermeldingen) 72 § 2 (kennisgeving van verandering van graad en bevordering aan de benoembare ambtenaren), 79 (horen van de ambtenaren voor het opleggen van een tuchtstraf) 83 (recht om gehoord te worden door de Raad van beroep voor sommige tuchtstraffen, vooraleer de definitieve beslissing over de tuchtstraf genomen wordt).

- *K.B. van 5 februari 1935*, betreffende de cumulatie inzake openbare ambten en bedieningen.
 - art. 5 (recht om gehoord te worden vóór het nemen van de in het artikel vermelde tuchtsancties).
- *K.B. van 7 augustus 1939*, betreffende de beoordeling en de loopbaan van het rijksperoneel
 - art. 12 (viseren door de ambtenaar van het hem betreffende beoordelingsvoorstel)
 - art. 13 (tweede visum door de betrokken ambtenaar van het beoordelingsvoorstel)
 - art. 16 (visum door de betrokken ambtenaar in de bij het artikel vermelde hypothesen)
 - art. 26 (lid 2 (kennisgeving van de voorstellen tot iedere bevordering of verandering van graad, aan de benoembare ambtenaren).
- *K.B. van 10 augustus 1939*, betreffende de afschaffing van de provinciale commissies, en
- *K.B. van 18 augustus 1939*, tot regeling van de inrichting der geneeskundige onderzoekingen door de administratieve gezondheidsdienst.
 - art. 1 (*K.B. van 10 aug. 1939*) en 1, 2 en 3 (*K.B. van 18 aug. 1939*) : rechten i.v.m. medisch onderzoek naar de ongeschiktheid van de ambtenaar.

(1) Raad van State, 26 maart 1974, n° 16.325.

(2) Raad van State, 24 maart 1972, n° 15.239.

- *Regentsbesluit van 30 april 1947* houdende vaststelling van het statuut van het tijdelijk personeel.
- art. 2 maakt o.a. art. 83 van het statuut van het rijkspersoneel (recht om door de Raad van beroep gehoord te worden voor het nemen van een tuchtstraf), toepasselijk op het tijdelijk personeel.
- art. 14 (recht om gehoord te worden vooraleer een straf wordt voorgesteld of uitgesproken)

101.- *Personeel van de openbare instellingen*

In het koninklijk besluit van 14 februari 1961 tot vaststelling van het statuut van het personeel van sommige instellingen van openbaar nut, komen bepalingen voor die aan het informatierecht een plaats inruimen. Dit besluit gold echter alleen voor de instellingen vermeld in artikel 1 van het besluit, met uitzondering dan nog van de in artikel 2 vermelde ambtenaren en instellingen.

Bovendien bepaalde artikel 128 dat het besluit pas in werking zou treden voor de instellingen waarvan het personeelskader vastgesteld was, en in het Staatsblad gepubliceerd, iets wat tot nu toe niet gebeurd is. In sommige instellingen heeft de Raad van Beheer beslist het besluit toch toe te passen.

Dit besluit is dan in feite vervangen geworden door het koninklijk besluit van 8 januari 1973 (1). Het is van toepassing op de instellingen uit de sociale sector.

In artikel 3 § 1 worden een aantal besluiten opgesomd die op de ambtenaren van die instellingen van toepassing zijn, onder voorbehoud van de wijzigingen die het besluit aanbrengt. Onder die besluiten bevinden zich de hiervoor vermelde besluiten die op het Rijkspersoneel van toepassing zijn. Voor zover uit de weinig overzichtelijke wijzigingen die aan de in artikel 3 § 1 opgesomde besluiten aangebracht zijn, kan worden opgemaakt, zijn er weinig substantiële verschillen met de rechten op informatie die aan het Rijkspersoneel toekomen.

102.- *Provinciepersoneel*

In zijn arrest van 12 december 1957 heeft de Raad van State uitgemaakt dat het personeel van de provinciale goevernementen dat door de Staat betaald wordt Rijkspersoneel is (2). Daaruit mag afgeleid worden dat ook het statuut van het Rijkspersoneel op hen van toepassing is.

Dit geldt evenwel niet voor het door de provincie bezoldigde personeel. Alleen in de provincie Antwerpen is er thans een statuut. In de andere provincies wordt soms het statuut van het Rijkspersoneel naar analogie toegepast, soms gewoon uit de praktijk gegroeid gebruiken gevolgd.

(1) Dit besluit is met het verslag aan de Koning en het advies van de Raad van State gepubliceerd geworden in het Belgisch Staatsblad van 23 februari 1973.

(2) Raad van State, 12 december 1957, n° 5914, *R.J.D.A.*, 1958, p. 124-128 met verslag Dumont en noot V. Crabbe.

De toestand wordt nog ingewikkelder doordat het ministerie van binnenlandse zaken niet voldoende ambtenaren benoemt, zodat de provincie gedwongen is de ontbrekende plaatsen zelf op te vullen. Mede door een verschil in bezoldiging - de provinciale salarissen liggen hoger - is dit een bron van conflicten.

103.- *Gemeentepersoneel*

Evenmin als voor het provinciepersoneel bestaat er een algemeen statuut voor het gemeentepersoneel. Wel hebben sommige grote gemeenten een eigen statuut.

De gemeenteraad vindt immers in art. 84 § 1 van de gemeentewet de bevoegdheid om het "kader en de voorwaarden voor de aanwerving en de bevordering van het gemeentepersoneel binnen de perken van de algemene bepalingen, welke door de Koning zijn vastgesteld", op te maken.

Binnen de Vereniging van Belgische Steden en Gemeenten wordt thans aan een modelstatuut gewerkt, dat binnen afzienbare tijd bekendgemaakt zal worden. Daarin wordt ook aandacht besteed aan het informatierecht van de ambtenaren.

Artikel 130 bis van de gemeentewet bepaalt dat een tuchtmaatregel alleen maar genomen kan worden nadat de betrokkene vooraf gehoord werd. Deze regel moet zo geïnterpreteerd worden dat het de bevoegde disciplinaire overheid zelf is die de ambtenaar hoort. Het volstaat niet dat de overheid voorgelicht werd door een hiërarchisch meerdere die de ambtenaar gehoord heeft (1). Overigens is het voldoende dat de ambtenaar enige tijd tevoren weet dat tot het verhoor zal worden overgegaan, bepaalde formaliteiten zijn daarbij niet voorgeschreven (2).

Tenslotte zijn er nog verspreide koninklijke besluiten die deelaspekten van het statuut van het gemeentepersoneel regelen, bijvoorbeeld inzake pensioenen.

104.- *Andere bepalingen*

In het arrest Lamalle van 5 februari 1970 heeft de raad van State de regel neergelegd dat "tegen niemand een ernstige maatregel, ook al is het geen tuchtmaatregel, kan worden uitgevaardigd tenzij de betrokkene is gehoord en dus de kans heeft gehad uiteen te zetten waarom de overwogen maatregel uit het oogpunt van het belang van de dienst niet verantwoord is - een regel die geenszins verward mag worden met het beginsel van het recht van verdediging in straf- en tuchtzaken" (3).

Niet benoemde kandidaten hebben geen recht op mededeling van het benoemingsbesluit (4).

(1) Raad van State, 4 februari 1950, n° 6034.
Raad van State, 15 februari 1972, n° 15164.

(2) Raad van State, 9 februari 1972, n° 15150.

(3) Raad van State, 5 februari 1970, n° 13939.

(4) Raad van State, 25 mei 1972, n° 15319.

Geen wet of verordening schrijft voor dat dossier of rapporten ten laatste de dag van de oproeping tot de gemeenteraadsvergadering ter beschikking van de gemeenteraadsleden gesteld moeten worden (1). Dit laatste arrest valt te betreuren, omdat daarmee in aanzienlijke mate afbreuk wordt gedaan aan de in het reeds vermelde arrest van 7 december 1970 gestelde regel dat de raad behoorlijk ingelicht en met kennis van zaken beslissen moet.

In een geval heeft de Raad van State geoordeeld dat de overheid, die een leerkracht in het belang van de dienst overgeplaatst had, niet duidelijk genoeg het karakter van die maatregel toegelicht had. Hoewel die onduidelijkheid niet tot vernietiging van de maatregel kon leiden, moest het de overheid aangerekend worden dat verzoekster de procedure voor de Raad van State begonnen was, en daarom moest de overheid ook de kosten van het geding dragen (2).

f) *Hinderlijke, ongezonde en gevaarlijke inrichtingen* (3)

- 105.- De regeling betreffende de gevaarlijke, ongezonde en hinderlijke inrichtingen is neergelegd in Titel I van het Algemeen Reglement op de Arbeidsbescherming (4).

Artikel 4, lid 4 bepaalt dat "Het college van burgemeester en schepenen zal binnen vijf volle dagen na de inontvangstneming van het dossier (van de aanvraag om vergunning), door het aanplakken van een bekendmaking, waarop het voorwerp van de aanvraag wordt aangegeven, een onderzoek voor commodo en incommodo instellen. Deze bekendmaking zal gedurende vijftien dagen aan de zetel der exploitatie en op de gewone plaatsen voor aanplakbiljetten aangeplakt blijven".

Het vijfde lid van datzelfde artikel voegt daar, voor de inrichtingen van de eerste klasse, de verplichting aan toe om dezelfde ruchtbaarheid aan de aanvraag te geven in de naburige gemeenten waarvan een deel van het grondgebied op minder dan vijftig meter van de inrichting ligt.

Alle eigenaars en voornaamste gebruikers van onroerende goederen die binnen dezelfde afstand van de inrichting liggen (het moet gaan om een in-

(1) Raad van State, 8 juni 1972, 15340.

(2) Raad van State, 9 februari 1972, n° 15151.

(3) Men raadplege over dit onderwerp in het algemeen :

NUYTS R., *De als gevaarlijk, ongezond of hinderlijk ingedeelde bedrijven*, Brugge, Uitgeverij Vanden Broele, 1970 (met bijwerkingen)

LENAERTS H., *Inrichtingen in : Administratief Lexicon.*

FLAMME M.A., *Les établissements dangereux face à l'administration et aux voisins*, in : *L'entreprise dans la Cité*, Faculté de Droit de Liège-Martinus-Nijhoff à La Haye, 1967, p. 232-290.

(4) Sommige inrichtingen hebben een eigen regeling zoals bv. de mijnen, groeven en graverijen (wetten gecoördineerd op 15 sept. 1919 ; K.B. van 14 augustus 1933); de fabrieken en opslagplaatsen van springstoffen (Wet van 28 mei 1956 ; K.B. van 23 september 1958); de stoomtuigen (Algemeen reglement voor de Arbeidsbescherming. Titel IV, art. 724 e.v.).

richting van de eerste klasse) moeten individueel aan huis en schriftelijk van de aanvraag in kennis gesteld worden (artikel 4, lid 6).

Luidens artikel 5 kunnen tijdens het onderzoek de aanvraag en de daarbij gevoegde plannen door al de betrokkenen worden ingezien.

Nadat de termijn voor het onderzoek verstreken is moet er een vergadering belegd worden waarin iedereen die dat wenst, gehoord moet worden. Proces-verbaal wordt van de vergadering opgemaakt ; daarbij wordt het onderzoek gesloten. Tot aan de afsluiting van het onderzoek kunnen ook schriftelijke opmerkingen overgemaakt worden.

Het college van burgemeester en schepenen deelt de opmerkingen aan de aanvragers mee. (art. 6).

Eens dat het besluit genomen is wordt het door de zorgen van het college van burgemeester en schepenen aan de belanghebbenden overgemaakt. Binnen de vijf dagen nadat het gemeentebestuur van de beslissing kennis heeft gekregen (of zelfs de beslissing genomen heeft) moet het besluit in zijn geheel gedurende tien dagen aangeplakt blijven aan de exploitatiezetel en aan het gemeentehuis. De aanplakking van een bericht dat het besluit vermeldt, en dat aanduidt dat de volledige beslissing met de eventueel opgelegde voorwaarden in het gemeentehuis kunnen ingezien worden, volstaan (art.12, lid 2 en 3).

Artikel 16 voert een vereenvoudigde procedure in voor tijdelijke inrichtingen. Met name is dan niet vereist dat een onderzoek de commodo en incommode plaats vindt.

106.- De Raad van State heeft de inhoud en draagwijdte van deze bepalingen op ettelijke punten nader gepreciseerd.

Vooraf weze evenwel opgemerkt dat de beslissing van de overheid inzake vergunningsaanvragen geen beslissing in betwiste zaken is. Dit heeft onder andere tot gevolg dat de belanghebbenden, zowel de aanvragers zelf als de eventuele opposanten, geen andere rechten hebben dan deze uitdrukkelijk toegekend door het Algemeen reglement voor de arbeidsbescherming (1).

Dit onderscheid tussen contentieuze en niet-contentieuze procedures is stellig vatbaar voor ernstige kritiek. Het valt niet in te zien waarom de belangen van degenen die betrokken zijn bij een procedure over een aanvraag tot exploitatie van een ongezonde, gevaarlijke, of hinderlijke inrichting, minder belangrijk zijn en minder bescherming behoeven dan bijvoorbeeld de belangen van een persoon die in beroep bij de Vesti-

(1) P. VERMEULEN, Etablissements dangereux, insalubres ou incommodes. Demander d'autorisation en vue de leur exploitation. Décision de la députation permanente statuant en appel. Nature de ces décisions, *Rev. adm.*, 1953, p. 53-62.

Raad van State, 4 oktober 1960, n° 8107, met verslag en advies

Lenaerts, in *De Gemeente*, 1961, p. 155-158.

Raad van State, 26 november 1963, n° 10.292.

Raad van State, 26 februari 1971, n° 14.559.

Raad van State, 22 april 1969, n° 13.511.

Raad van State, 29 februari 1972, n° 15.186.

gingsraad (Wet van 24 december 1958) een getuigschrift aanvraagt dat doet blijken dat hij aan de voorwaarden voldoet om een bepaald beroep uit te oefenen. De Vestigingsraad is immers een rechtsprekend college (1). Daaruit volgt de verplichting voor dat college om zijn beslissing te motiveren, de argumenten van de partijen te beantwoorden, voor de partijen, het recht om hun argumenten voor te dragen; het recht om gehoord te worden.

Beslissingen over aanvragen tot een exploitatievergunning moeten ook gemotiveerd zijn, maar alleen omdat het ARAB het uitdrukkelijk voorschrijft (2). Opposanten moeten niet gehoord worden in de procedure in beroep, omdat die verplichting niet in het ARAB opgenomen is (3).

Evenmin moeten de adviezen die de bestendige deputatie, beslissend in beroep, ingewonnen heeft, aan hen medegedeeld worden (4). De aanvrager heeft evenmin het recht om tijdens de procedure in beroep gehoord te worden (5) en de opmerkingen die tijdens het openbaar onderzoek geformuleerd werden krijgt hij alleen wanneer hij er zelf om vraagt (6).

Aangaande publiciteitsvoorschriften, en meer bepaald de aanplakking, heeft de Raad van State beslist dat de openbaarmaking zelf wel, maar de vormen waarin zij gebeurt niet, van substantiële aard zijn. Een verzuim in de voorgeschreven vormen geeft geen aanleiding tot vernietiging wanneer niet aangetoond is dat de in artikel 4 ARAB opgesomde personen en overheden daardoor in hun belangen geschaad zijn (7).

Anderzijds verzet niets er zich tegen dat de aanvraag ook aan andere personen ter kennis zou worden gebracht dan wettelijk verplicht, tenzij de gemeente daarmee getracht zou hebben op onrechtmatige wijze de beslissing van de bevoegde overheid te beïnvloeden (8).

De individuele kennisgeving waarvan sprake in artikel 4 is ongetwijfeld eveneens een substantiële formaliteit, maar ook hier is de eventuele laattijdigheid alleen maar een grond voor vernietiging wanneer daardoor belangen geschaad zijn. De Raad van State had geen bezwaar tegen een kennisgeving die nauwelijks een dag voor het afsluiten van het onderzoek gebeurd was, omdat volgens de Raad uit het ingediende bezwaarschrift bleek dat de bezwaarindiener zich niet vergist had om-

(1) Raad van State, 11 februari 1972, n° 15.163.
Raad van State, 4 juli 1972, n° 15.415.

(2) Raad van State, 22 april 1969, n° 13.511.

(3) Raad van State, 26 februari 1971, n° 14.559.

(4) Raad van State, 28 februari 1971, n° 14.559.

(5) Raad van State, 26 november 1963, n° 10.292.

(6) Raad van State, 4 oktober 1960, n° 8.107; met verslag en advies
Lenaerts in *De Gemeente*, 1961, p. 155-158.
Raad van State, 22 april 1969, n° 13.511.

(7) Raad van State, 7 juli 1954, n° 3.556.

(8) Raad van State, 13 oktober 1959, n° 7.282.

trent het doel van de aanvraag en de nadelen die uit het toekennen ervan voor de burens zouden kunnen voortspruiten (1).

Lenaerts betreurt de beperkingen die het reglement aan de openbaarheid stelt, en de strikte interpretatie van de Raad van State (2).

Een ministeriële omzendbrief van 28 december 1886 opent de mogelijkheid om de adviezen van de ambtenaren mede te delen, maar maakt daar geen verplichting van (3).

(1) Raad van State, 19 juni 1970, n° 14.182.

(2) LENAERTS H., *op. cit.*, p. 28 en 29.

(3) geciteerd in *Pandectes belges*, V° Etablissements dangereux, insalubres ou incommodes, n° 237-239. MONTIGNY (Police des établissements dangereux, insalubres ou incommodes, n° 57) en LECLERCQ en DE BECKER (La police des établissements dangereux, insalubres ou incommodes, n° 91/3) pleiten voor het behoud van de anonimiteit van de ambtenaren en de bezwaarindieners, om de onafhankelijkheid van de eersten te waarborgen, en ongewenste druk op de laatsten te vermijden.

In verband met de verplichting ook het advies van het bestuur van de ruimtelijke ordening en de stedenbouw in te winnen (art. 9 ARAB), moet opgemerkt worden dat volgens de rechtspraak van de Raad van State de beslissing op de aanvraag niet alleen rekening moet houden met de bepalingen van het Algemeen Reglement voor de Arbeidsbescherming, maar ook desgevallend met stedenbouwkundige voorschriften (Raad van State, 26 april 1955 n° 4.238 ; 4 februari 1969, n° 13.378 ; 15 mei 1970, n° 14.124 ; 28 september 1971, n° 14.923).

In Nederland geldt de regel dat bij de beoordeling over een aanvraag op grond van de Hinderwet, alleen de bepalingen van die wet in aanmerking komen (K.B. 13 juni 1973, N.J. (A.B.) 1973, n° 262, met noot Stellinga ; K.B. 31 mei 1972, n° 30, N.J. (A.B.) n° 226). Stellinga keurt deze oplossing goed : "... Gaat men twee of meer wetten, "dooreenmengen", dan is allerlei moeilijkheid te verwachten, vooral wanneer krachtens zulke wetten ook nog beroep kan worden ingesteld, soms zelfs bij verschillende instanties.

Het zou kunnen voorkomen, dat een college van B. en W., menende dat een bouwvergunning toch niet verleend kan worden, de Hinderwetvergunning weigert, doch dat de bouwvergunning alsnog door de gemeenteraad in beroep verleend wordt, enz...."

Dit argument is in België niet zo zwaarwegend, enerzijds omdat afwijkingen van plannen van aanleg in mindere mate dan in Nederland mogelijk zijn, en men dus van te voren met grotere zekerheid kan weten of een bouwvergunningsaanvraag al dus niet kans maakt, anderzijds omdat de instanties die over beide aanvraagsoorten te beslissen hebben, grotendeels dezelfde zijn.

Toch verdient Stellinga's opmerking nadere aandacht, omdat ook in België, het gevaar niet irreëel is dat een vergunning op grond van het ARAB geweigerd wordt om stedenbouwkundige redenen, terwijl het mogelijk is dat de bouwvergunning, binnen de procedure eigen aan de wetgeving op de ruimtelijke ordening, misschien toch verkregen kan worden.

g) *Krotwoningen*

107.- Met betrekking tot administratieve beslissingen aangaande krotwoningen, geldt dezelfde opmerking als voor de gevaarlijke, ongezonde of hinderlijke bedrijven : het zij geen beslissingen in betwiste zaken, en de betrokkenen kunnen op geen andere rechten aanspraak maken dan hun uitdrukkelijk door de wet verleend (1).

Daaruit volgt dat de eigenaar van het huis, waarvan de burgemeester de sluiting om gezondheidsredenen beveelt, geen recht heeft op voorafgaandelijke mededeling van de uitslag van het administratief onderzoek (2). Bezichtiging van het gebouw kan gebeuren zonder toestemming van de eigenaar (3), en zonder dat degenen die bij de voorgenomen maatregel belang hebben, erbij aanwezig moeten zijn (4).

De burgemeester is niet verplicht het besluit waarbij een gebouw onbewoonbaar verklaard wordt, herstellingswerken dan wel afbraak bevelen wordt, formeel te motiveren (5), al moet het besluit vanzelfsprekend op een feitelijke grondslag steunen. De Raad van State is bevoegd om na te gaan of de feitelijke gegevens voldoende duidelijk en juist zijn om het besluit te dragen, en of ze in redelijkheid tot het besluit hebben kunnen leiden (6).

h) *Bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek en aanverwante wetten*

108.- Krachtens artikel 45 § 1 kan iedereen "zich door de bewaarders van de registers van de burgerlijke stand uittreksels doen afgeven uit de akten die in deze registers zijn ingeschreven".

Een ernstige beperking is evenwel dat dergelijke uittreksels alleen bekomen worden voor akten die minstens honderd jaar oud zijn, tenzij men doet blijken van een "familiaal, wetenschappelijk of enig andere wettig belang". In geval de ambtenaar van de burgerlijke stand afgifte weigert, kan men de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg verzoeken bevel daartoe te geven.

(1) Raad van State, 6 december 1963, n° 10.318.

(2) Raad van State, 4 mei 1962, n° 9338 en 9339.

Raad van State, 1 maart 1967, n° 12251.

Raad van State, 3 januari 1968, n° 12.745.

(3) Raad van State, 1 maart 1967, n° 12.251.

(4) Raad van State, 3 januari 1968, n° 12.745.

(5) Raad van State, 27 mei 1962, n° 9274.

Raad van State, 29 maart 1968, n° 9968.

Raad van State, 29 oktober 1963, n° 10299.

Raad van State, 22 november 1963, n° 10281.

Raad van State, 22 november 1968, n° 13236.

(6) Raad van State, 5 juni 1962, n° 9429.

Raad van State, 28 april 1966, n° 11777 en 11778.

De artikels 63 en 64 verplichten de ambtenaar van de burgerlijke stand publiciteit te geven aan de voorgenomen huwelijken ; art. 793 bepaalt dat de verklaring van de aanvaarding van een nalatenschap onder voorrecht van boedelbeschrijving in het Belgisch Staatsblad gepubliceerd moet worden door de zorgen van de griffier van de rechtbank waar de verklaring werd gedaan.

Artikel 1296 (127 van de Hypotheekwet), legt aan de bewaarders van de hypotheekkantoren de verplichting op aan ieder die erom vraagt getuig-schriften af te leveren met betrekking tot de overgangen en toekenning-en van zakelijke rechten, de overgeschreven huurkontrakten, en de over-schrijvingen en inschrijvingen.

In de wet van 10 oktober 1913, die de hypotheekwet wijzigt, is het voor-schrift opgenomen, in artikel 13, dat de ontvangers van de registratie-rechten verplicht om aan ieder belanghebbende kennis te geven van de eigendomstitels van de onroerende goederen gelegen in het gebied waar-voor de ontvanger bevoegd is.

Een koninklijk besluit van 22 februari 1936 bepaalt dat wie recht heeft op uitgifte of uittreksel van een akte of dokument dat bij de overheid berust, er zich een fotocopie mag van laten afleveren.

i) Fiskale bepalingen

- 109.- Het wetboek der registratierechten bevat diverse bepalingen betreffende door de ontvangers der registratie af te leveren afschriften of uit-treksels.

Afschriften of uittreksels van erfenisaangiften moeten uitgereikt worden aan de betrokkenen in rechtstreekse naam, hun erfgenamen en rechthebben-den, op eenvoudig verzoek, en aan derden, op bevel van de vrederechter (1).

Iedereen heeft recht, op eenvoudig verzoek, mededeling te krijgen, door de ontvangers der registratierechten, van de eigendomstitels van de on-roerende goederen die in het ambtgebied van het kantoor gelegen zijn (2).

Zo ook moeten de ontvangers op verzoek van de erfgenamen, legatarissen, begiftigden of vertegenwoordigers van een overleden echtgenoot, de te-rugnemingen en vergoedingen mededelen die de overleden echtgenoot aanbe-langen (3).

Afschriften en uittreksels uit de formaliteitsregisters van de ontvan-gers der registratie, uit akten en verklaringen in hun kantoor gere-gistreerd, moeten aan de bij die akten en verklaringen betrokken partij-en of hun rechthebbenden, en aan derden die van een rechtmatig belang doen blijken, uitgereikt worden (4).

(1) Wetboek der successierechten, art. 143.

(2) Wetboek der successierechten, art. 144.

(3) Wetboek der successierechten, art. 145.

(4) Wetboek der registratierechten, art. 236.

j) *Polders en wateringen*

110.- De wettelijke regeling van de polders is thans vastgelegd in de wet van 3 juni 1957.

Voor de openbaarheid van zijn belang de artikels 7, 15, 21 en 22.

Aan opheffing, oprichting, splitsing, wijziging of samensmelting van polders gaat krachtens artikel 7 een onderzoek vooraf. Het ontwerp van beslissing dienaangaande, samen met een kaart die de nieuwe toestand aangeeft, ligt ter inzage in de betrokken gemeentehuizen. Gedurende een maand kunnen de eigenaars van in de polder gelegen gronden hun opmerkingen inschrijven in registers ad hoc (1).

De door het polderbestuur jaarlijks op te maken lijst van stemgerechtigden, moet gedurende een maand ter beschikking gehouden worden van de belanghebbenden, die in de loop van die maand hun bezwaren bij de bestendige deputatie kenbaar kunnen maken (2).

Stelt de bestendige deputatie de begroting van een polder vast, wanneer de algemene vergadering dat niet zelf gedaan heeft, of op onregelmatige wijze gedaan heeft, dan moet zij die beslissing aan het polderbestuur mededelen, die het op haar beurt aan de ingelanden doorgeeft (3).

Het bijzonder politiereglement van een polder wordt pas verbindend de tiende dag na zijn bekendmaking (4).

Het tijdstip van de jaarlijkse herziening van de legger moet aan de ingelanden ter kennis gebracht worden, en gedurende die tijd kunnen de ingelanden de legger inzien en opmerkingen maken (5).

Gedurende vijftien dagen voor de algemene vergadering, kan ieder lid inzage nemen van de bescheiden betreffende de punten die aan de orde zijn. Wanneer de vaststelling van de begroting of het onderzoek van de rekeningen aan de orde zijn, krijgt ieder lid uiterlijk vijftien dagen voor de vergadering een afschrift van die bescheiden (6).

Mits toestemming van de dijkgraaf mag eenieder het archief van de polder inzien (7).

Voor de wateringen (wet van 5 juli 1956), gelden dezelfde bepalingen : respektievelijk de artikels 7, 16, 22, 23, 14, 57.

(1) Polderwet, art. 7.

(2) Polderwet, art. 15.

(3) Polderwet, art. 21.

(4) Polderwet, art. 22.

(5) Polderwet, art. 13.

(6) Polderwet, art. 57 lid 2.

(7) Polderwet, art. 57 lid 3.

k) *Kieswetboeken*

- 111.- Een eerste bepaling vindt men in artikel 11 van de wet van 12 april 1894. "In de jaren waarin de herziening (van de kieslijsten) moet plaatshebben, doet het college van burgemeester en schepenen binnen de vijftien dagen van de maand juni en in de gewone vorm van de ambtelijke bekendmakingen, een bericht afkondigen, waarbij iedere burger verzocht wordt voor 1 juli, tegen ontvangstbewijs, de titels over te leggen van de kiesgerechtigden die niet op de geldende lijsten ingeschreven zijn".

Artikel 24 somt een reeks documenten op die aan ieder die het vraagt door de administratie moeten afgegeven worden. De voornaamste zijn: de kiezerslijsten, uittreksels uit de bevolkingsregisters en uit de akten van de burgerlijke stand. De modaliteiten van de aflevering van deze bescheiden worden door artikel 25 geregeld.

De voorlopig afgesloten kiezerslijsten moeten luidens artikel 27 van 23 september tot 10 februari voor iedereen ter inzage liggen op het secretariaat en de politiecommissariaten van iedere gemeente ; een en ander moet door een bericht ter kennis gebracht worden van het publiek (art. 28).

Dezelfde verplichtingen gelden voor de definitief opgemaakte kiezerslijsten, behalve wat de data betreft ; zij liggen ter inzage van 15 december tot 10 februari (art. 37).

Eenieder mag, zowel op het secretariaat als op de politiecommissariaten, inzage en afschrift nemen van de kiezerslijsten en van de desbetreffende stukken die er zijn neergelegd (art. 44).

De lijsten van de beroepen die strekken tot inschrijving of schrapping van kiezers moeten door het gemeentebestuur aangeplakt worden (art. 51).

De kiezerslijsten en de aangebracht verbetering liggen ter inzage op de griffies van de hoven van beroep en op de arrondissementscommissariaten; men kan er afschrift van nemen (art. 82).

De oproeping voor de verkiezingen wordt tenminste tien dagen tevoren aangeplakt, en tenminste vijf dagen tevoren worden aan de kiezers de oproepingsbrieven verzonden (art. 107).

Krachtens artikel 2 van de gemeentekieswet (4 augustus 1932), zijn al deze bepalingen, behalve artikel 107, ook van toepassing op de gemeentekieswet. Artikel 21 bevat een soortgelijke bepaling als artikel 107 van de Kieswet.

1) *Overeenkomsten voor rekening van de Staat*

- 112.- Wat betreft de overeenkomsten voor rekening van de Staat vindt het openbaarheidsbeginsel uiteraard zijn ruimste toepassing bij de openbare aanbestedingen en de algemene offerteaanvragen.

Openbare aanbestedingen worden gepubliceerd in het "Bulletin der Aanbestedingen" (art. 6 de wet van 4 maart 1963), evenals de algemene offerteaanvragen (art. 9).

Het "Bulletin der Aanbestedingen" wordt wekelijks door het Belgisch Staatsblad uitgegeven. Iedere openbare aanbesteding wordt erin bekendgemaakt; de administratie kan ook nog op andere wijze ruchtbaarheid aan openbare aanbestedingen geven (art. 11 van het koninklijk besluit van 14 oktober 1964). De inhoud van die bekendmakingen wordt opgesomd in artikel 12 van het koninklijk besluit van 14 oktober 1964.

Artikel 28 van dat besluit bepaalt dat het publiek toegelaten wordt bij de opening van de inschrijvingen.

Voor beperkte aanbestedingen en inschrijvingen daarentegen geldt de regel dat alleen de door het bestuur uitgekozen aannemers en leveranciers op de opening aanwezig moeten zijn (art. 7 van de wet), en men kan uit artikel 6 en 9 van de wet en 11 van het koninklijk besluit afleiden dat zij niet in het "Bulletin" moeten gepubliceerd worden.

De aannemers en leveranciers, aan wie de aanbesteding of de offerte niet werd toegewezen moeten niet ingelicht worden over de toewijzing of intrekking van de aanbesteding; alleen bepaalt artikel 37 § 1 van het koninklijk besluit dat wanneer de aanbesteding niet werd toegewezen aan de laagste regelmatige inschrijver, op grond van de procedure van artikel 8 § 2 van de wet, de beslissing van de aanbesteding ook ter kennis gebracht moet worden van de inschrijvers die een regelmatig lager bod hadden gedaan dan de aangeduide aannemer.

m) *Monumenten en Landschappen.*

- 113.- Voorstellen om een gebouw, monument of landschap te klasseren moeten, wanneer de regering beslist daaraan gevolg te geven, eerst betekend worden aan de eigenaars, houders van zakelijke rechten of van rechten voortvloeiende uit overgeschreven akten, schuldeisers die een bevel tot betaling op het hypotheekkantoor hebben laten overschrijven, en aan het college van burgemeester en schepenen van de gemeente waar het goed of landschap gelegen is. Deze personen en instanties kunnen dan binnen de twee maanden hun opmerkingen indienen bij de bestendige deputatie, die daarna advies uitbrengt.

Het koninklijk besluit dat een gebouw, monument of landschap klasseert, mag ten vroegste drie maanden na de betekening genomen worden (art. 1 en 6 van de wet van 7 augustus 1931).

Die besluiten moeten in het Belgisch Staatsblad bekendgemaakt worden (art. 15).

n) *Dienstplichtwetten*

- 114.- Het college van burgemeester en schepenen, dat de dienstplichtigen op de lichterlijsten inschrijft, geeft daarvan kennis aan de betrokkenen (art. 4 § 1 van de gecoördineerde dienstplichtwetten: koninklijk besluit van 30 april 1962).

De inschrijving van de niet-ingeschreven op de lijst der wederspanningen en dienstweigeraars door de goeverneur wordt aan hen medegedeeld (art. 7 § 1).

Opmerking verdient dat wie geen bericht van inschrijving ontvangt, daar-

tegen bezwaar moet maken bij het college van burgemeester en schepenen. Aan die verplichting worden de betrokkenen jaarlijks herinnerd door een bericht in het Belgisch Staatsblad (art. 4 § 4).

o) Diverse bepalingen

- 115.- Het algemeen politiereglement op de onbevaarbare waterlopen bevat diverse bepalingen i.v.m. de openbaarheid van de procedure inzake de vaststelling en onschadelijk maken van wederrechtelijk opgerichte "kunstwerken" die gevaarlijk of schadelijk zijn (art. 4 en 6 van het koninklijk besluit van 5 augustus 1970).

Gehele of gedeeltelijke grensbepalingen van bossen en de verkoop van hout van gewone of buitengewone kap, worden krachtens de artikelen 24, 25, 28, 36 en 70 van het Boswetboek (wet van 19 december 1854) eveneens aan bepaalde publiciteitsregels onderworpen.

Het Veldwetboek (wet van 7 oktober 1886) bepaalt in artikel 4 dat grond nodig voor het aanleggen en onderhouden van wegen, vaarten, bruggen en andere werken van algemeen, provinciaal of gemeentelijk openbaar belang alleen maar weggehaald mag worden als de eigenaar vijftien dagen op voorhand bij deurwaardersexploot van de voorgenomen inbezitneming in kennis gesteld werd.

Krachtens artikel 41 van het Veldwetboek kan de overheid haar eigendommen, die niet onder het Boswetboek vallen, alleen maar laten afpalen na voorafgaande bekendmaking en aanplakking. De termijn bedraagt twee maanden. Dit voornemen moet ook in een plaatselijk nieuwsblad gepubliceerd worden. Artikels 42 en 45 geven nadere publiciteitsregels aan.

Het opvangen van grondwater is door het koninklijk besluit van 18 november 1970 aan een voorafgaandelijke vergunning onderworpen.

De openbaarheid bij behandeling van de aanvragen om vergunning wordt gewaarborgd door de artikels 5 en 7 (inzage in het register waarin de aanvragen ingeschreven worden, openbaar onderzoek).

Artikels 32 van de wet van 26 december 1956 op de Postdienst geeft in bepaalde gevallen aan het Bestuur der Posterijen het recht om brieven te doen openen, maar alleen in het bijzijn van de verzender of de geadresseerde.

Voor het aanleggen van lijnen en het plaatsen van draagtoestellen op daken of zijgevels kan de bevoegde Minister bij gebreke van een akkoord met de betrokkenen, eenzijdig een beslissing daartoe nemen. Art. 4 van de wet van 13 oktober 1930 schrijft voor dat in dat geval die beslissing bij aangetekend schrijven aan de burgemeester moet worden medegedeeld, vijftien dagen voor de tenuitvoerlegging. De burgemeester waarschuwt dan de belanghebbenden. Bedienden van de Regie die voor de uitvoering van de werken zich op partikuliere eigendommen moeten begeven moeten volgens artikel 5 van die wet eerst een bevel van de Regie voorleggen.

Het koninklijk besluit van 30 november 1966, dat de wetten op het taalgebruik in de administratie coördineert, bepaalt in zijn artikel 21 dat de Vaste Wervingssecretaris aan de kandidaten die niet voor een taalexamen

geslaagd zijn, de uitslag van dat examen schriftelijk mededeelt. De artikels 13 § 1 en 30 openen voor belanghebbenden, onder bepaalde voorwaarden, het recht om kosteloos een gewaarmerkte vertaling te krijgen van de akten die door een plaatselijke dienst zijn opgesteld.

Beslissingen te nemen op grond van de artikelen 3, 4, 8, 10, 11, 12, 13, 14 en 18 van de wet van 28 december 1967 op de onbevaarbare waterlopen (vaststelling van het begin en classificering van de waterlopen, bijdrage in de kosten van de uit te voeren werken en uitvoering van die werken moeten worden voorafgegaan krachtens artikel 19, lid 1, van die wet, door een onderzoek de commodo et incommodo).

De domaniale wet van 31 mei 1923, zoals gewijzigd door de wetten van 3 augustus 1962 en 2 juli 1969, betreffende de verhuring en vervreemding van domeingoederen verplicht de Minister van Financiën de vervreemdingen in uitvoering van die wet gedaan, ten minste een maand voor de toewijzing of het verlijden van de akte, te doen aankondigen in het Belgisch Staatsblad. Bovendien moet een exemplaar van die bekendmaking toegezonden worden aan de eigenaars van de percelen die grenzen aan de te vervreemden domeingoederen (art. 4).

3. DE OPENBAARHEID IN DE WETGEVING OP DE RUIMTELIJKE ORDENING EN DE STEDEBOUW (1)

a) *Plaats en wordingsgeschiedenis van de openbaarheid in de wetten van 29 maart 1962 en 22 december 1970*

116.- In het geheel van de Belgische wetgeving bekleedt de wetgeving op de ruimtelijke ordening en de stedenbouw een opvallende plaats wat betreft openbaarheid en rechtsbescherming.

117.- Openbaarheid komt in de eerste plaats voor in het voorbereiden, opstellen en bekendmaken van de plannen van aanleg : de streekplannen (art. 9

(1) Men raadplege over deze wet in het algemeen :

SUETENS L.P., *Ruimtelijke ordening. Recht en praktijk*, Antwerpen/Utrecht, De Nederlandse Boekhandel, 1973.

SENELLE R. en VAN DEN BORRE P., *Ruimtelijke ordening en stedenbouw*, Die Keure, Brugge, losbladige uitgave.

WASTIELS F., *Administratieve handleiding van de ruimtelijke ordening en de stedenbouw*, losbladige uitgave, UGA-Heule.

HAMBYE J., e.a., *L'aménagement du territoire et l'urbanisme*, F. Larcier, Brussel, 1972.

de SURAY, Jacques, *Droit de l'Urbanisme et de l'Environnement*, II delen, Bruylant, Brussel, 1974.

en 10); de gewestplannen (art. 13, dat verwijst naar de procedure voor de streekplannen); de gemeentelijke plannen (art. 21 en 23).

Bij de bespreking, in de verenigde senaatscommissies van openbare werken en justitie, van het ontwerp dat zou leiden tot de wet van 22 december 1970, drukte een commissielid de vrees uit dat de ontwerp-gewestplannen die de Minister voorlopig zou kunnen vaststellen, zonder voorafgaande raadpleging of voorlichting door de Administratie zouden kunnen worden opgemaakt (1). Inderdaad is er geen openbaarheidsplicht bij het voorbereiden en opmaken van gewestplannen. Minister De Saeger verklaarde echter dat de ontwerp gewestplannen geenszins geheim zouden zijn, en ter inzage zouden liggen in al de gemeentehuizen van de betrokken streken of gewesten (2).

De administratie heeft inderdaad niet gewacht op de officiële instelling van de adviescommissies, waarvan sprake in de wet. De officieus opgerichte commissies werden geraadpleegd (3), en ook voor de ontwerp-gewestplannen werd een ruime publiciteit voorzien.

118.- Een tweede vorm van openbaarheid vindt men in artikel 63, dat in zijn huidige vorm luidt :

"De Koning bepaalt :

1. onder welke voorwaarden de betrokken besturen aan de personen die erom verzoeken, afdrukken of uittreksels van de plannen van aanleg, van de bijbehorende verordenende voorschriften, van de rooiplannen en van de bouwverordeningen afgeven ;
2. onder welke voorwaarden derde belanghebbenden van dezelfde besturen inzage kunnen krijgen van de inhoud der afgegeven bouw- of verkavelingsvergunningen ;

(1) Verslag, Documenten Senaat, zitting 1969-1970, n° 525, p. 9.

(2) Verslag, Documenten Senaat, zitting 1969-1970, n° 525, p. 9.

(3) De senaatscommissies hebben trouwens een gevaarlijke onduidelijkheid in het regeringsontwerp verbeterd, door de bevoegdheid van de minister, om aan ontwerp-streek- en gewestplannen bindende kracht te geven met zoveel woorden op te nemen in artikel 1 van de tekst die zij aan de Senaat voorlegden. In het ontwerp van de regering bleek die bevoegdheid slechts indirect, door de wijzigingen die aangebracht werden aan de artikels 45 en 46 van de wet van 29 maart 1962.

(3) Verslag, p. 13.

3. onder welke voorwaarden aanpalende eigenaar bij dezelfde besturen de door hen gevraagde inlichtingen kunnen verkrijgen over een aanvraag om een bouw- of verkavelingsvergunning ;
4. onder welke voorwaarden de belanghebbenden bij dezelfde besturen de door hen gevraagde inlichtingen kunnen verkrijgen over de bestemming van een goed dat zij wensen te kopen voor meer dan negen jaar te huren, in erfpacht of in opstal te nemen ;
5. de vorm en de inhoud van de stedenbouwkundige attesten alsmede de instanties die deze afgeven ;
6. binnen welke termijnen de attesten en inlichtingen moeten verstrekt of afgeleverd worden.

Dit attest vermeldt in het kadastraal perceel of perceelgedeelte waarop het betrekking heeft, onder meer :

- a) of dit perceel is opgenomen in een plan van aanleg of in een ontwerp van streek- of gewestplan en of er een verkavelingsvergunning voor bestaat ;
- b) welke bestemming het perceel volgens het plan van aanleg, het ontwerp van streek of gewestplan of de verkavelingsvergunning heeft en met name of er private woningen mogen gebouwd worden ;
- c) welke voorwaarden voor deze woningengelden ;
- d) of het onroerend goed is opgenomen in een onteigeningsplan en, zo ja, de onteigenende instantie en de datum van het koninklijk besluit tot goedkeuring van die onteigening".

De uitvoering van dat artikel wordt geregeld door het koninklijk besluit van 22 oktober 1971.

119.- Ten derde zijn er publiciteitsmaatregelen voorgeschreven voorafgaandelijk aan het afleveren van sommige bouw- en verkavelingsvergunningen.

Artikel 54 § 3, tweede lid draagt aan de koning de bevoegdheid op om de gevallen vast te stellen waarin voor bepaalde vergunningsaanvragen speciale regelen van openbaarmaking moeten worden nageleefd. Dit artikel geldt voor de bouwvergunningen, maar krachtens artikel 57 § 1 ook voor de verkavelingsvergunningen.

Paragraaf 4 van artikel 54 schrijft voor dat een mededeling die te kennen geeft dat de vergunning afgegeven is, aangeplakt moet worden op de plaats waar de vergunde handeling wordt uitgevoerd. De vergunning en

het dossier moeten, tijdens de duur van de werken, ter plaatse ter inzage liggen voor de ambtenaren waarvan de lijst in artikel 66 van de wet worden opgesomd.

De aanvragen die aan speciale publiciteitsmaatregelen onderworpen zijn, komen voor in twee koninklijke besluiten, beiden van 6 februari 1971, handelend de ene over de behandeling van aanvragen over bouwvergunningsaanvragen, de andere over de behandeling van openbaarmaking van de verkavelingsaanvragen.

In de gevallen voorzien in artikel 57 § 3 en 57 bis § 1 moeten de aanvragen om te verkavelen openbaar gemaakt worden door middel van een openbaar onderzoek ; voor die gevallen heeft de koning dus geen discretionnaire bevoegdheid om ze daarvan te ontslaan.

120.- In de voorbereidende werken, zowel van de wet van 29 maart 1962 als die van 22 december 1970, wordt herhaaldelijk gewezen op de noodzaak van informatie en participatie van de burgers bij het uitbouwen van een politiek van ruimtelijke ordening.

In de Memorie van Toelichting voor het wetsontwerp dat zou leiden tot de wet van 29 maart 1962 luidt het : "De ruimtelijke ordening is een werk van de gemeenschap" (1) en verder : "Er moet meer gedaan worden dan enkel het publiek raadplegen, men moet het bij het opmaken van het plan doen medewerken. Het ontwerp mag, wanneer het ter inzage gelegd wordt, geen verrassing verwekken" (2).

Dezelfde gedachte is terug te vinden in de toelichting van de artikelen. Bij artikel 9 van het ontwerp (opmaken van gewestplannen, of substreekplannen zoals men ze toen noemde), werd gezegd "dat men geen gelegenheid mag laten voorbijgaan om de openbare opinie ervoor te interesseren" (3). Na gewezen te hebben op de publiciteit die bij het opmaken van de plannen

(1) M.v.T., Documenten Senaat, zitting 1958-1959, n° 124, p. 38.

(2) l.c.p. 39.

(3) l.c., p. 53.

vereist is, voegt de Memorie er aan toe : "Niets belet overigens de gemeentebestuurders het plan door om het even welke andere middelen bekend te maken, bijvoorbeeld door het houden van een openbare conferentie, zoals in zekere plaatsen reeds is gebeurd" (1).

In de inleidende beschouwingen van het verslag van de verenigde senaatscommissies van justitie en openbare werken worden de hoofdgedachten opgesomd die bij de opstelling van de wet hebben voorgezeten, en als derde in de reeks hoofdgedachten wordt genoemd : "De ruimtelijke ordening is een werk van de gemeenschap".(2)

Bij de bespreking van het ontwerp in de Senaat zei minister Vanaudenhove dat voortaan een uitgebreide publiciteit aan de plannen van aanleg zou gegeven worden, zodat het publiek zijn opmerkingen en bezwaren kenbaar zou kunnen maken (3).

Er zou ook gezorgd worden dat het privé-initiatief zou kunnen meewerken aan het opstellen van de plannen van aanleg, door middel van de

(1) M.v.T., Documenten Senaat, zitting 1958-1959, n° 124, p. 58.

(2) Verslag, Documenten Senaat, zitting 1959-1960, n° 275, p. 5.

(3) Handelingen Senaat, zitting 1959-1960, 11 mei 1960, p. 1286 :
 "Enfin, il est mis fin à la procédure actuelle au cours de laquelle l'élaboration des plans d'aménagement s'opérait dans le silence des bureaux administratifs.

Ces plans apparaissaient un jour devant la population ahurie, à qui la brièveté de l'enquête publique ne laissait même pas le temps de la réflexion.

Dorénavant, une publicité très étendue sera donnée aux plans d'aménagement, afin que tous les intéressés puissent en avoir connaissance, de façon à leur permettre de faire connaître aux pouvoirs publics leurs réclamations éventuelles.

Outre l'affichage traditionnel, le dépôt d'un plan d'aménagement sera annoncé dans plusieurs journaux, dont au moins un journal local.

Enfin, cette publicité se trouve renforcée de manière considérable par l'intervention, à tous les stades du plan d'aménagement, de l'initiative privée dont je vous parlerai toute à l'heure."

diverse adviescommissies (1).

121.-- Voor de Suray is dit laatste doel totaal mislukt :

"... les commissions régionales ne fonctionnent pas, les commissions de secteur ne sont pas prévues par la loi. Elles ont été instaurées en marge de la loi. Bref -- on ne trouve pas dans ces commissions ces compétences réunies qui sont indispensables pour passer d'une conception dirigiste de l'aménagement du territoire à une conception dynamique ...

D'une façon générale l'homme de la rue qui doit vivre dans ce pays est tenu à l'écart de ces commissions" (2).

de Suray's conclusie dat de officieuze gewestelijke adviescommissies niet doeltreffend zouden werken, is ongetwijfeld overtrokken.

Alleszins is het juist dat aan de door de minister en de verenigde senaatscommissies zo geprezen en gewenste openheid en openbaarheid, in het geheel van de voorbereidende werken maar weinig aandacht werd besteed.

(1) Handelingen Senaat, zitting 1959-1960, p. 1287.

Onder privé-initiatief verstaat de Minister : "les associations syndicales, certaines associations patronales, des associations de propriétaires des groupes intéressés à l'économie d'une région, d'autres à la sauvegarde du côté architectural, etc." Het is overigens niet duidelijk in hoeverre de toevoeging van de woorden "particuliere", (amendement van senator d'Aspremont Lynden), tussen de woorden "voornaamste" en "belangen" van het regeringsontwerp (tweede lid in fine van artikel 7 van de wet); de keuzemogelijkheid voor de samenstelling van de regionale adviescommissies gewijzigd heeft. Twee amendementen, ingediend door volksvertegenwoordiger Lindemans, om op meer concrete wijze de belangengroepen aan te duiden (Documenten Kamer zitting 1959-1960, n° 572/2 en 573/10), werden door de minister van de hand gewezen. Hij achtte een dergelijke concretisering gevaarlijk, omdat daardoor de keuzemogelijkheden beperkt zouden worden (verslag Kamer, Documenten Kamer, zitting 1959-1960, n° 573/9 ; p. 17).

(2) de Suray, *op. cit.*, p. 21.

122.- Het is tekenend voor de onwennigheid van de administratie tegenover een op openheid gericht beleid, dat het zo belangrijke artikel 63 te danken is aan een initiatief van commissielid d'Aspremont Lynden dat niet zonder enige weerstand van de minister, eerst door de senaatscommissies en vervolgens door het parlement werd aanvaard (1). Overigens werd niet het volledig amendement aanvaard ; het deel van het amendement dat bepaald wat het stedenbouwkundig attest op zijn minst moest bevatten (2) werd door de commissies geweerd (3) maar later door de Senaat aangenomen (4) nadat het daar voorgesteld was door senator d'Aspremont Lynden. Het laatste deel van het amendement, dat aan de notarissen bepaalde verplichtingen oplegde, werd evenwel verworpen. Dit deel van het amendement werd haast woordelijk in de Kamer overgenomen door volksvertegenwoordiger Pierson (5).

Hetzelfde geldt voor de aanvulling en uitbreiding van artikel 63 in de wet van 22 december 1970. Ook hier ging het initiatief uit van de senaatscommissies. Uit het verslag van die commissies blijkt dat een amendement was ingediend door een commissielid "ten einde in de mededeling van het publiek, in de ruimste betekenis van het woord, van alle aanvragen om bouw- of verkavelingsvergunningen te voorzien" (6). De commissies gingen op dit voorstel niet in maar openden aan aanpalende eigenaars, toekomstige eigenaars en huurders op lange termijn het recht om die inlichtingen te krijgen. Nog twee andere leemten werden gevuld, doordat enerzijds aan de koning werd opgedragen te bepalen binnen welke termijnen de stedenbouwkundige attesten moesten worden afgeleverd, en anderzijds, door ook de aanduidingen volgend uit een ontwerp van streek- of gewestplannen in het attest te doen opnemen (7).

(1) Verslag Senaat, Documenten Senaat, 1959-1960, n° 275, p. 70.

(2) Documenten Senaat, 1959-1960, n° 354, p. 2-3.

(3) Verslag Documenten Senaat, 1959-1960, n° 275, p. 70.

(4) Handelingen Senaat, 1959-1960, 17 juni 1960, p. 1818 en 1819.

(5) Documenten Kamer, 1959-1960, n° 573/11, p. 11, (art. 71 bis).

(6) Verslag Senaat, Documenten Senaat, 1969-1970, n° 525, p. 63.

(7) Verslag Documenten Senaat, 1969-1970, n° 525.

- 123.- De invoering van de mogelijkheid om voor sommige aanvragen voor een bouw- of verkavelingsvergunning speciale publiciteitsmaatregelen voor te schrijven (art. 54 § 3 en 57 § 1), en van de verplichting een openbaar onderzoek te houden bij sommige aanvragen voor een verkavelingsvergunning (art. 57 § 3 en 57 bis § 1, 1°), is daarentegen wel degelijk het werk van de regering geweest.

Van de mogelijkheid geboden door artikels 54 § 1 en 57 § 1 heeft de Koning gebruik gemaakt in twee besluiten van 6 februari 1971, waarop hierna nader wordt ingegaan.

Het koninklijk besluit van 18 februari 1964, gewijzigd bij het koninklijk besluit van 24 oktober 1966, gaf nadere uitvoeringsmaatregelen aan artikel 63 van de wet. Deze besluiten werden opgeheven en vervangen door het hierna ontlede koninklijk besluit van 22 oktober 1971.

- 124.- Naast de voormelde drie groepen bepalingen die de openbaarheid aangaan, bevat de wet nog andere belangrijke bepalingen betreffende de rechtsbescherming, zoals de instelling van een quasi-rechtsprekende procedure (art. 55), en de voorlichting van kopers, huurders op lange termijn, erfpacht- en opstalrechthouders van onroerende goederen, door de verkopers, verhuurders, erfpacht- of opstalrechtgevers, en vooral door de notarissen (art. 44, 56, 57), alsook bijzondere procedures voor het wijzigen van verkavelingsvergunningen (art. 57 § 2), maar deze vallen buiten het direkte objekt van deze studie (1).

b) *De toepassing van het openbaarheidsbeginsel in de wetgeving op de ruimtelijke ordening en de stedenbouw*

- 125.- de Suray's kritiek op de werking van de commissies die de streek en gewestplannen moeten adviseren is niet totaal ongegrond. Zoals professor Suetens noteert, heeft de voormalige minister van openbare werken, De Saeger gemakkelijheidshalve de streken van art. 6 doen

(1) Zie vooral over de rol van de notaris, BOES M., De notariële verkoopakte in verband met de wet op de ruimtelijke ordening en de stedenbouw en met de wet van 9 juli 1971, *Tijdschrift voor Notarissen*, 1973, p. 145-160 en 177-203.

samenvallen met de provincies, wat zeker niet planologisch te verantwoorden valt. Daardoor spelen de streken als instrument van ruimtelijke ordening praktisch geen rol meer (1). Op deze keuze werd door latere ministers blijkbaar niet teruggekomen.

- 126.- Voor de individuele burger van meer rechtstreeks belang zijn de bepalingen van artikel 9 van de wet, die voorschrijven dat de minister die de ontwerpstreekplannen voorlopig vaststelt, de goeverneur van de betrokken provincie met een openbaar onderzoek belast.

Dit onderzoek wordt aangekondigd door aanplakking in de gemeenten waarop het plan betrekking heeft. Het bericht van de aankondiging wordt driemaal in het Belgisch Staatsblad gepubliceerd, eveneens driemaal in drie dagbladen, die in de hoofdstad van de provincie verschijnen, en als die er zijn, in drie dagbladen die in de streek, waar het plan op slaat, verschijnen. Datzelfde bericht tenslotte wordt driemaal op de radio omgeroepen.

Na de aankondiging kan men het ontwerp van streekplan gedurende negentig dagen in de gemeentehuizen van de streek inzien ; het begin en het einde van die termijn van negentig dagen wordt in de aankondiging aangegeven.

Opmerkingen en bezwaren moeten voor het einde van de termijn schriftelijk aan de goeverneur worden medegedeeld ; hij maakt ze over aan de regionale commissie voor advies.

De raden van de betrokken gemeenten en de bestendige deputatie kunnen binnen de zestig dagen na het verschijnen van de hogergenoemde termijn van 90 dagen hun advies uitbrengen (2). Doen zij dat niet, dan wordt hun advies geacht gunstig te zijn.

(1) SUETENS, L.P., *op. cit.*, p. 19-20.

(2) Krachtens artikel 4 § 2 van de wet van 26 juli 1971, houdende organisatie van de agglomeraties en federaties van gemeenten, wordt de adviesbevoegdheid van de gemeenten in zake gewestplannen overgedragen aan de agglomeraties en federaties waartoe zij behoren. De adviesbevoegdheid aangaande streekplannen worden niet overgedragen. Gewijzigde planologische opvattingen in 1971, toen deze wet tot stand kwam, maken het onwaarschijnlijk dat ooit streekplannen zullen worden opgemaakt, en dit is waarschijnlijk de reden dat aan de adviesbevoegdheid daaromtrent niet geraakt werd. Het lijkt weinig twijfel dat, als er toch ooit sprake zal zijn van streekplannen, de adviesbevoegdheid van de gemeenten ook op dit punt aan de agglomeraties en federaties zal worden overgedragen.

Vervolgens wordt het ontwerpplan, met de reeds uitgebrachte adviezen, en met de bezwaren en opmerkingen, overgemaakt aan de regionale adviescommissie, die over een termijn van negentig dagen beschikt om haar advies op te maken. Tenslotte wordt het dossier aan de Minister doorgezonden. De koning stelt het plan vast, nadat de Ministerraad erover beraadslaagd heeft. Wijkt de Koning af van het advies van de regionale commissie, dan moet hij zijn beslissing motiveren.

De wet bepaalt niet wat er gebeurt wanneer de commissie niet binnen de voorgeschreven termijn advies heeft uitgebracht, noch is er voorgeschreven dat de commissie de bezwaren en opmerkingen moet onderzoeken, laat staan beantwoorden.

Aangenomen mag worden dat de termijn van 90 dagen die de commissie toebedeeld is, een termijn van orde is ; ook na die termijn behoudt de commissie het recht om advies uit te brengen. De slotzin van de vierde alinea impliceert trouwens dat de koning het plan alleen maar kan vaststellen als hij in het bezit is van het advies van de commissie. Het lijkt trouwens weinig twijfel dat het advies een substantiële vormvereiste is. Het nemen van een vaststellingsbesluit vooraleer er een advies door de commissie is opgemaakt, is zo goed als zeker een voldoende grond om het besluit door de Raad van State te doen vernietigen (1).

- 127.- De procedure van artikel 9 is nog niet toegepast, om de eenvoudige reden dat er nog geen streekplannen bestaan. Trouwens, ingevolge een wijziging in de planologische inzichten sedert de wet van 1962 tot stand kwam, is het weinig waarschijnlijk dat er ooit streekplannen zullen worden opgemaakt (2), hoewel de regionale commissies van advies zijn opgericht. Voor iedere provincie werd een commissie ingesteld, behalve voor de provincie Brabant (3).

Uit voorgaande overwegingen mag men niet afleiden dat de streekcommissies geen functie hebben. Art. 13 van de wet maakt de procedure voor het opmaken van streekplannen ook toepasselijk op de procedure voor het

(1) SENELLE en VANDEN BORRE, *op. cit.*, 4e deel, p. 74.

(2) SUETENS L.P., *op. cit.*, p. 19.

(3) K.B. van 3 juni 1969.

opmaken van de gewestplannen. Dit impliceert o.a. dat de streekcommissies ook voor de vaststelling van deze plannen advies moeten uitbrengen, al moet ook hier weer vastgesteld worden dat er nog geen gewestplannen bestaan, en dat artikels 9 en 13 niet gelden voor de ontwerp-gewestplannen ingevoerd door de wet van 22 december 1970. Om deze lacune op te vullen heeft de minister van openbare werken voor ieder gewest een officieuze adviescommissie ingesteld (1).

128.-Voor de gemeentelijke algemene en bijzondere plannen van aanleg, en voor de tussengemeentelijke plannen van aanleg is de gang van zaken analoog aan deze voor de streek- en gewestplannen. De regeling daaromtrent is neergelegd in artikels 21 tot en met 24 van de wet.

Na de voorlopige aanneming van het ontwerp-plan door de gemeenteraad, zorgt het college van burgemeester en schepenen ervoor dat het aan een openbaar onderzoek onderworpen wordt. Dat onderzoek wordt bekendgemaakt door aanplakking, publicatie in het Belgisch Staatsblad en in drie bladen van het Rijk, waarvan een dat in de provinciehoofdplaats verschijnt. Het ontwerpplan ligt gedurende 30 dagen ter inzage in het gemeentehuis. Begin en einde van die termijn worden in de aankondigingen aangeduid.

Men kan bezwaren en opmerkingen schriftelijk aan het college mededelen voor het sluiten van de termijn van dertig dagen.

Binnen de acht dagen na de afloop van het onderzoek maakt het college proces-verbaal op van de sluiting van het onderzoek, en voegt daarbij de bezwaren en opmerkingen, en maakt het over aan de bevoegde adviescommissie. Die commissie is, al naar het geval, de streekcommissie bedoeld in artikel 6, of commissies door de Koning opgericht (2), voor de vijf grote agglomeraties Brussel, Antwerpen, Gent, Luik en Charleroi, voor de tussengemeentelijke plannen, en voor de gemeenten met meer dan 10.000 inwoners (voor zoveel als zij niet in de voorgaande gemeenten begrepen zijn). Tot nu toe zijn alleen de commissies voor de vijf grote agglomeraties opgericht (3).

(1) SENELLE en VAN DEN BORRE, *op. cit.*, 4e deel, p. 76 en 77.

(2) Art. 19 van de wet.

(3) Koninklijk Besluit van 28 maart 1963 (Brussel)
Koninklijk Besluit van 4 september 1967 (Antwerpen en Gent)
Koninklijk Besluit van 27 februari 1968 (Luik)
Koninklijk Besluit van 3 februari 1969 (Charleroi)

Deze commissies beschikken over een termijn van zestig dagen, na ontvangst van het dossier, om advies uit te brengen. Doen zij dat niet, dan wordt dat advies geacht gunstig te zijn. Dan loopt er een termijn van zestig dagen, waarbinnen de gemeenteraad het plan definitief kan goedkeuren, dan wel beslissen het te wijzigen. In dat laatste geval wordt het plan aan een nieuw onderzoek onderworpen als voor het ontwerpplan. Opgemerkt kan worden dat aan het niet naleven van de termijn die aan de gemeenteraad is toegemeten geen sancties verbonden zijn.

Het volledig dossier wordt dan overgemaakt aan de Bestendige Deputatie die binnen de dertig dagen advies kan uitbrengen. Gebeurt dit niet, dan wordt het advies geacht gunstig te zijn.

Tenslotte wordt het plan door de Koning goedgekeurd. De Koning mag door een gemotiveerd besluit weigeren het plan goed te keuren. In dat geval kan de Minister het nodige doen om een nieuw plan te doen opmaken, volgens dezelfde procedure, maar zonder tussenkomst van de gemeenteraad. Dezelfde weg zou ook gevolgd kunnen worden wanneer de gemeenten geen plannen heeft doen opmaken binnen de termijn die de Koning op grond van artikel 14 kan bepalen, maar tot nu toe heeft de Koning nog niet zo'n termijn vastgesteld.

De goedkeuring van de Koning moet in principe gegeven worden binnen een termijn van zes maanden te rekenen van de dag waarop het dossier aan hem is overgemaakt. Deze termijn kan telkens met zes maanden verlengd worden door een gemotiveerd koninklijk besluit.

Het goedkeuringsbesluit wordt bij uittreksel in het Belgisch Staatsblad gepubliceerd en treedt vijftien dagen later in werking. De goeverneur zorgt ervoor dat binnen dezelfde termijn een afdruk van het plan aan de gemeente wordt gezonden. Het plan ligt ter inzage op het gemeentehuis. Dit wordt ter algemene kennis gebracht op de wijze bepaald in artikel 102, eerste lid van de gemeentewet.

- 129.- Wat gebeurt er wanneer de Koning zijn goedkeuring geeft na het verstrijken van de termijn van zes maanden ? Het besluit moet geacht worden geldig te zijn. De termijn bedoeld in artikel 23 is een termijn van orde ; niets wijst erop dat de naleving van deze termijn op straffe van nietigheid zou zijn voorgeschreven.

De Raad van State heeft beslist dat, aangezien de Koning de bevoegdheid heeft om algehele goedkeuring te onthouden aan het plan van aanleg, hij het plan ook gedeeltelijk mag goedkeuren, en gedeeltelijk niet goedkeuren (1). Deze oplossing moet betreurd worden. Het plan is immers een geheel, en al behoudt de gemeenteraad, voor het niet goedgekeurde gedeelte de bevoegdheid om een nieuw plan van aanleg te doen opmaken, die bevoegdheid wordt wezenlijk beknot door de voorschriften van het goedgekeurde gedeelte. De stelling van de Raad van State komt des te onlogischer voor, daar de gemeenteraad, wanneer zij een ontwerpplan wenst te wijzigen, verplicht is een nieuw openbaar onderzoek te doen houden. Nu is het mogelijk dat de Koning een beslissing neemt, zonder enige inlichting of inspraak, die voor de betrokkenen als een verrassing voorkomt, en dat was toch juist een van de nadelen, verbonden aan de besluitwet van 2 december 1946, die de wet van 29 maart 1962 bedoelde uit te schakelen.

- 130.- Overigens is de Raad van State streng op het punt dat zowel de burgers als de overheid die de plannen moet aannemen of goedkeuren nauwkeurig en juist ingelicht zijn. Het ontwerpplan moet o.a. de bestaande toestand aanduiden ; gebeurt dit niet, dan is volgens de Raad van State de inzageprocedure aan de basis aangetast door een in hoge mate ontoereikende voorlichting, en kan de gemeenteraad zich niet met kennis van zaken uitspreken over de voorlopige en definitieve aanneming van het ontwerpplan (1). De verplichting om de bestaande toestand aan te duiden gaat zover dat zelfs zonder vergunning opgerichte gebouwen op de situatietekening moeten voorkomen (2).
- 131.- Dat de Raad van State, in sommige gevallen althans, aan bijzondere publiciteitsmaatregelen meer belang hecht dan aan de publicatie in het Staatsblad, blijkt daaruit dat de termijn voor het indienen van een verzoekschrift tot vernietiging van een plan van aanleg, niet ingaat op de dag van de publicatie van het goedkeuringsbesluit in het Belgisch Staatsblad, maar wel op de dag dat het plan op het gemeentehuis ter inzage gelegd wordt (3).

(1) Raad van State, 8 juni 1972, n° 15.343.

(2) Raad van State, 27 november 1970, n° 14.375.

(3) Raad van State, 12 maart 1971, n° 14.601.

132.- Een nieuwigheid van de wetswijziging van 22 december 1970 is de mogelijkheid die aan de Koning gegeven werd om bepaalde aanvragen van bouwen en verkavelingsvergunningen aan speciale publiciteitsmaatregelen te onderwerpen (art. 54 § 3 en 57 § 1). Aanvragen voor een verkavelingsvergunning waarvan de inwilliging de vernietiging van erfdienstbaarheden door de mens gevestigd, of van bij overeenkomst vastgestelde verplichtingen met zich meebrengt, alsook aanvragen om een verkavelingsvergunning, die aanleg van nieuwe wegen, of de tracéwijziging, verbreding of opheffing van bestaande gemeentelijke wegen noodzaken, moeten in ieder geval aan een openbaar onderzoek onderworpen worden, op kosten van de aanvragers (art. 57 § 3 en 57 bis § 1, 1°).

133.- Wat de bouwvergunningen betreft, heeft de Koning van de hem geboden mogelijkheid gebruik gemaakt met het koninklijk besluit van 6 februari 1971. In artikel 3 van dat besluit staan de vergunningen vermeld die openbaar moeten worden gemaakt op de wijze nader omschreven in de artikels 5 en 6 van dat besluit.

Blijkens de aanhef van artikel 3 is er geen openbaarmaking voor de aanvragers m.b.t. percelen die gelegen zijn in een BPA of behoorlijk vergunde verkaveling.

Is dit niet het geval, dan geldt de openbaarmakingsplicht voor de volgende gevallen :

- 1) Bouwen of herbouwen van gebouwen waarvan de hoogte ten minste 9 bouwlagen of 27 meter bedraagt, en ten minste drie meter hoog reikt dan de bestaande gebouwen binnen een straal van 50 meter vanaf de perceelgrenzen ; verbouwen van gebouwen waardoor deze in dezelfde toestand worden gebracht.
- 2) Bouwen of herbouwen van gebouwen waarvan de bouwdiepte ten minste 15 meter bedraagt en ten minste drie meter verder reikt dan de aangrenzende gebouwen ; verbouwen van gebouwen waardoor deze in dezelfde toestand gebracht worden.
- 3) Bouwen, herbouwen of verbouwen van gebouwen binnen het gezichtsveld van een beschermd monument of in een beschermd landschap of in een landschap dat op een door de minister van openbare werken vastgestelde lijst is geplaatst.

- 4) Bouwen of herbouwen van winkelgebouwen waarvan de verkoopruimten en de belendende, voor opslag van waren dienende ruimten samen een oppervlakte van meer dan 300 m² hebben, met inbegrip van de door toonbanken en andere meubelen ingenomen oppervlakte ; verbouwen van winkelgebouwen waardoor de oppervlakte op meer dan 300 m² gebracht wordt.
- 5) Bouwen of herbouwen van kantoorgebouwen met een oppervlakte van meer dan 300 m² ; verbouwen van kantoorgebouwen waardoor de oppervlakte ervan op meer dan 300 m² gebracht wordt.
- 6) Bouwen of herbouwen van werkplaatsen met een oppervlakte van meer dan 300 m², alsmede verbouwen van werkplaatsen waardoor de oppervlakte ervan op meer dan 300 m² gebracht wordt, voor zover die werkplaatsen niet gelegen zijn in het industriegebied van een goedgekeurd plan van aanleg of van een ontwerpplan dat bindende kracht heeft, of in een industriegebied aangewezen krachtens de wet van 30 december 1970 betreffende de economische expansie.

De bekendmaking gebeurt als volgt : (art. 5 en 6) : vanaf de dag waarop de aanvrager het bewijs heeft gekregen dat hij zijn dossier heeft ingediend ten gemeentehuize, tot de dag van de definitieve beslissing over zijn aanvraag, moet de aanvrager op het terrein waar de werken uitgevoerd of de handelingen verricht zullen worden, een bekendmaking aanplakken, waarvan een model bij het koninklijk besluit gevoegd is. De bekendmaking wordt met zwarte letters op geel papier gedrukt. Dat papier heeft een oppervlakte van ten minste 35 dm² en wordt aangeplakt op een schutting of op een bord dat aan een paal bevestigd is, op de grens van het terrein met en evenwijdig aan de openbare weg, en op een minimum hoogte van anderhalve meter. Tijdens de duur van de aanplakking zorgt de aanvrager ervoor dat de bekendmaking goed zicht- en leesbaar blijft. Een dubbel van de bekendmaking wordt bij het dossier gevoegd.

Na de afgifte van het bewijs dat het dossier afgegeven werd, heeft het gemeentebestuur ervoor te zorgen dat gedurende ten minste vijftien dagen een bekendmaking van de aanvraag aangeplakt wordt op de gewone daartoe bestemde plaatsen. Ook van deze bekendmaking is een model bij het koninklijk besluit gevoegd. In deze periode van vijftien dagen kan ieder een zijn bezwaren schriftelijk aan het college van burgemeester en schepenen ter kennis brengen.

Artikel 7 bepaalt verder dat bij het dossier dat aan de gemachtigde ambtenaar wordt overgemaakt, gevoegd moeten zijn :

- een afschrift van het bewijs van ontvangst van het dossier,
- een dubbel van de bekendmaking dat door de aanvrager werd aangeplakt;
- de verklaring dat die bekendmaking door de aanvrager inderdaad werd aangeplakt ;
- de schriftelijke bezwaren en opmerkingen die eventueel ter kennis van het college werden gebracht;
- een uittreksel van de notulen der beraadslaging en beslissing van het college over die bezwaren en opmerkingen.

134.- Speciale regelen voor openbaarmaking vansommeige aanvragen voor een verkavelingsvergunning zijn opgenomen in een koninklijk besluit van dezelfde datum als het voorgaande besluit.

Artikel 4 stelt van die maatregelen vrij aanvragen die betrekking hebben op eigendommen gelegen in een BPA. De maatregelen gelden voor de verkavelingsaanvragen voor eigendommen die niet gelegen zijn in een BPA, en die :

- 1° betrekking hebben op een oppervlakte van 5 hektaren en meer ;
- 2° bestemd zijn voor meergezinswoningen, terwijl de bebouwing in de omgeving overwegend uit eengezinswoningen bestaan ;
- 3° slaan op bos, heide, duin- of veengebieden, alsmede op enig ander gebied waarvan de bescherming noodzakelijk wordt geacht door de Koning ;
- 4° betrekking hebben op verblijfparken in de zin van de wetgeving op het kamperen.

De openbaarmakingsregelen zelf (art. 6 en 7) zijn identiek aan deze die gelden voor de openbaarmaking van bouwvergunningen.

Artikel 3 in fine bepaalt dat deze procedure ook geldt voor de wijziging van verkavelingsaanvragen, onverminderd de formaliteiten opgelegd door artikel 57 § 2 van de wet.

De vrijstelling, in limine van artikel 4 bedoeld, wanneer er een BPA is, geldt uiteraard niet voor de aanvragen die de vernietiging van door de mens gevestigde erfdienstbaarheden of verplichtingen beogen, noch voor de aanvragen die de aanleg van nieuwe wegen of de tracéwijziging, opheffing of verbreding van bestaande gemeentelijke wegen met zich meebrengen,

omdat de wet voorschrijft dat in die gevallen een openbaar onderzoek niet facultatief, maar verplicht is.

In strijd daarmee stelt artikel 10 van het besluit die verkavelingsaanvragen vrij van een openbaar onderzoek die, hoewel zij de vernietiging van door 's mensen toedoen gevestigde erfdienstbaarheden of conventionele verplichtingen beogen, gelegen zijn in een BPA. Waarschijnlijk is hier verondersteld dat die erfdienstbaarheden en verplichtingen reeds vernietigd werden door het BPA, voor zover zij daarmee in strijd zouden zijn. Die stelling is juist, en wordt ook door de rechtspraak gehuldigd (1). Derhalve zou een verkavelingsaanvraag, die conform is aan de voorschriften van het BPA, niet meer kunnen stuiten op strijdige erfdienstbaarheden of conventionele verplichtingen. Daarbij verliest men echter uit het oog, zoals de Suray terecht opmerkt, dat de "verenigbaarheid" van erfdienstbaarheden en conventionele verplichtingen met de voorschriften van een BPA dikwijls maar al te vaag is (2) en bovendien is het niet uitgesloten, dat een bepaalde erfdienstbaarheid (bv. een recht van doorgang), wel verenigbaar kan zijn met een BPA, maar niet met een toch nog altijd meer gedetailleerde verkavelingsaanvraag. Het is duidelijk dat voor die gevallen de plicht om een openbaar onderzoek te houden, opgelegd bij artikel 57 § 3, onverkort blijft bestaan ondanks het bepaalde in de aanhef van artikel 10 van het koninklijk besluit van 6 februari 1971.

De publiciteitsmaatregelen voor verkavelingsaanvragen die de vernietiging van een conventionele erfdienstbaarheid of verplichting tot gevolg hebben, zijn overigens gelijk aan deze die voor de in artikel 4 vermelde aanvragen zijn opgelegd ; er komt evenwel bij dat de houders van de conventionele erfdienstbaarheden of verplichtingen persoonlijk, schriftelijk en in hun woning op de hoogte gebracht moeten worden van de aanvraag, en dit de dag zelf waarop aan de aanvrager het bewijs van de indiening van zijn aanvraag overhandigd werd. Ook herneemt het besluit de bepaling van de wet dat de kosten van het onderzoek ten laste van de aanvrager komen.

(1) Hof van Cassatie, 6 oktober 1966, *J.T.*, 1967, 185.

(2) de Suray, *op. cit.*, p. 63.

Aanvragen die de aanleg van nieuwe wegen, de tracéwijziging, opheffing of verbreding van bestaande gemeentelijke wegen noodzakelijk maken, worden aan een onderzoek onderworpen overeenkomstig de bepalingen van artikelen 13 tot en met 19 van het besluit. Ook hier is er vrijstelling van die verplichting voor de aanvragen m.b.t. eigendommen die opgenomen zijn in een BPA. Die vrijstelling is echter wel conform aan de wet, omdat een BPA, krachtens artikel 16, 3° van de wet, het tracé moet bevatten van alle in het bestaande wegennet te brengen wijzigingen. Dit omvat mede de aanleg van nieuwe wegen, de opheffing, tracéwijziging en verbreding van bestaande wegen.

Bij de openbaarmakingsregelen, voorgeschreven voor de andere aanvragen, voegt zich de verplichting voor de aanvrager om naast de bekendmaking ook een plan aan te plakken van het tracé, de breedte en het profiel van de nieuwe wegen of van de te wijzigen wegen, evenals de nutsvoorzieningen.

Dat plan wordt ook naast de van gemeentewege gedane bekendmakingen aan geplakt.

Bovendien ligt gedurende de periode van vijftien dagen, dat voor de gemeentelijke aanplakkingen geldt, het plan van het stratentracé ter inzage op het gemeentehuis.

- 135.- Zoals onder a) reeds werd gezegd, dankt artikel 63 zijn ontstaan aan het initiatief van senator d'Aspremont Lynden, lid van de verenigde senaatscommissies die het ontwerp behandelden dat tot de wet van 29 maart 1962 zou leiden. In 1970 werd, weerom dank zij het optreden van de senaatscommissies, de bepalingen die thans onder n° 3, 4 en 6, eerste lid, voorkomen in het artikel ingelast. Aan de oorsprong van de tekst van art. 63, 3 lag een voorstel van een commissielid om aan het publiek, in de ruimste zin van het woord, alle aanvragen om bouw- en verkavelingsvergunningen mede te delen. Zover wilde de commissies niet gaan, zelfs wilden zij niet de aanvraagdossiers ter plaatse laten inzien (1). Wel werd voorgesteld om aanpalende eigenaars onder door de Koning te bepalen voorwaarden het recht te geven inlichtingen te krijgen over bouw- en verkavelingsaanvragen. Dat voorstel werd dan door het parlement aanvaard.

(1) Documenten Senaat, 1969-1970, n° 525, p. 63.

De inlassing van art. 63, 4 en 6 beantwoordde aan de leemten die de ervaringen, opgedaan met de wet van 29 maart 1962, hadden aangetoond.

Art. 63, 4 maakt het mogelijk attesten af te leveren, ook wanneer voor het gebied waar het betrokken goed gelegen is, geen plan van aanleg bestaat. Bovendien kunnen die attesten aangevraagd worden niet alleen door de eigenaars, maar ook door personen die het goed wensen te kopen, voor meer dan negen jaar te huren, in erfpacht of in opstal te nemen.

Art. 63, 6 geeft de Koning de bevoegdheid om de termijnen te bepalen waarbinnen de attesten moeten afgeleverd worden. Het was gebleken dat onder de oude wet sommige gemeentebesturen nogal veel tijd nodig hadden om die attesten af te leveren (1). Er valt evenwel niet goed in te zien hoe de eventuele miskening, door de gemeentebesturen van de voorgeschreven termijnen, gesanctionneerd kan worden. Weliswaar kan men tegen die weigering om attesten af te leveren binnen de voorziene termijn, beroep tot nietigverklaring aantekenen bij de Raad van State (2), maar, afgezien nog van de lange duur van die procedure, levert de vernietiging van de weigering nog altijd geen attest op ; het initiatief daartoe moet van de gemeente komen.

136.- De inlichtingen, waarvan sprake in artikel 63, kan men indelen in functie van de personen aan wie ze medegedeeld moeten worden.

137.- a) inlichtingen die aan ieder die erom verzoekt gegeven moeten worden.

Dit zijn afdrukken of uittreksels van de plannen van aanleg, van de bij behorende verordenende voorschriften, van de rooiplannen en van de bouwverordeningen (art. 63,1).

b) derde belanghebbenden.

Deze hebben recht om de afgegeven bouw- en verkavelingsvergunningen in te zien (art. 63,2).

In verband met deze bepaling werden aan de minister van openbare werken door volksvertegenwoordiger Kelchtermans de volgende vragen gesteld :

(1) GYSELNICK J.M., Le certificat d'urbanisme, *Annales du Notariat et de l'Enregistrement*, 1966, p. 249-260.

(2) onder de voorwaarden bepaald in art. 9 tweede lid en 21 bis van de wet van 23 december 1946 (gewijzigd bij de wet van 3 juni 1971).

"...

2. Gesteld dat verzoeker in kwestie noch burgemeester, noch schepen noch gemeenteraadslid is, welke is dan de juiste draagwijdte van het woord "belanghebbenden", met andere woorden, wanneer mag een gemeentebestuur iemand als belanghebbende in dit geval beschouwen? Moet deze laatste zijn belang bewijzen en zo ja welk belang? Moet of mag een gemeentebestuur eventueel aan een persoon die geen belang bewijst de inzage weigeren met als motivering dat hij geen belanghebbende derde is?
3. Verlenen de bovenstaande woorden "op het gemeentehuis inzage nemen" aan de derde belanghebbende ipso facto het recht van de bouw- of verkavelingsvergunningen afschrift te nemen?
4. Strekt het recht van inzage te nemen in bovengenoemd geval zich tevens uit tot het volledig dossier of is het beperkt tot het dokument dat de beslissingsvergunning uitmaakt?
5. Zijn bovenstaande gevallen in dezelfde mate van toepassing op de weigeringsbeslissingen van bouw- of verkavelingsaanvragen?

Het antwoord van de Minister luidde als volgt :

"...

2. Onder "belanghebbende derde" moet men verstaan de eventuele koper, de notaris belast met het opmaken van de akte die de overgang van het eigendomsrecht zal teweeg brengen, of elke buur die oordeelt dat de werken die krachtens de bouw- of de verkavelingsvergunning zullen worden uitgevoerd, hem schade kunnen berokkenen. Deze interpretatie werd reeds medegedeeld aan de gemeentebesturen bij ministeriële omzendbrief van 16 maart 1964 (Belgisch Staatsblad van 25 maart 1964). Deze omzendbrief werd sindsdien noch aangevuld noch gewijzigd. Het is niet vereist dat het goed van de derde naast dat van de aanvrager zou liggen (zie de rechtspraak van de Raad van State, arrest, n° 5031, van 16 maart 1956, ... en vooral het arrest n° 5273 van 13 juli 1956 ...). Het belang van de derde bestaat in de nadelen van de "buurschap", term die men ruim moet interpreteren (zie terzake het arrest van de Raad van State n° 10110, van 16 maart 1965 ...).
3. Elke belanghebbende kan op het gemeentehuis inzage krijgen van de inhoud der afgegeven bouw- en verkavelingsvergunningen en er afschrift van nemen, zonder verplaatsing der stukken.
4. Onder afgegeven bouw- en verkavelingsvergunningen wordt verstaan, de copie van de formulieren A, B, J en K, plus het bouw- of verkavelingsplan, gevisieerd door het college van burgemeester en schepenen en deel uitmakend van de vergunning. Men kan dus enkel inzage nemen en afschrift nemen van die stukken, die ook aan de vergunninghouder werden gestuurd. De aanvraag, diverse brieven, het advies van het college van burgemeester en schepenen, het antwoord van het bestuur van de stedenbouw en de ruimtelijke ordening zijn dus elementen die niet begrepen zijn in het recht van inzage.
5. In het Koninklijk Besluit van 22 oktober 1971 (Belgisch Staatsblad van 14 december 1971) tot uitvoering van artikel 63 van de wet van

29 maart 1962, gewijzigd bij de wet van 22 december 1970, en in voormelde ministeriële circulaire van 16 maart 1964 is er geen sprake van weigeringsbeslissingen van bouw- of verkavelingsaanvragen, zodat mag gesteld worden dat er geen inlichtingen kunnen verkregen worden over een weigering van een bouw- of verkavelingsvergunning" (1).

138.- Dit antwoord is niet helemaal bevredigend. Positief is dat het recht op inzage impliceert het recht om afschriften te nemen. Bezwarender lijkt de verklaring van de minister dat derde belanghebbenden zijn de eventuele koper, de notaris die desgevallend de akte verlijdt, en de burens die menen schade te kunnen ondervinden door de uitvoering van de werken die doorde vergunning toegestaan worden. Het is niet duidelijk of de minister deze opsomming als limitatief beschouwt, maar mocht dit zo zijn, dan valt dit te betreuren. Alleszins behoren ook tot de groep belanghebbenden de architect en de aannemer die bij de werken betrokken zijn, voor het -- weliswaar zeldzame -- geval dat de bouwheer hun inzage in de bouwvergunning zou weigeren. Maar waarom zou het begrip "belang" noodzakelijk een materieel of functioneel belang moeten zijn in de enge zin van het woord? Kennis van bouw- of verkavelingsvergunningen is ook van "belang" voor milieugroepen bijvoorbeeld. Het is niet omdat in de huidige stand van zaken dergelijke groepen praktisch geen rechtsovereenkomsten kunnen instellen i.v.m. overtredingen van milieubeschermingswetten, juist wegens het ontbreken van een belang, dat het bestuur eenzelfde enge interpretatie van dat begrip moet aankleven (2).

(1) Vraag Kelchtermans, 28 september 1973, Vr. Antw. Kamer, 1972-1973, n° 47, p. 3347.

(2) BOCKEN H., Noot onder Hof van Beroep Gent, 31 december 1963, *Tijdschrift voor Aannemingsrecht*, 1973, p. 231-243. Dat het inderdaad anders kan, bewijst het geval van "United States and Interstate Commerce Commission v. Students challenging regulatory agency procedures" en "Aberdeen and Rockfish railway company et al. v. Students challenging regulatory agency procedures" (93 S. Ct. 2405 (1973)), waar het Amerikaanse Hooggerichtshof besliste dat een groep studenten, die opkwamen tegen tariefverhogingen voor het vervoer van gerecupereerde produkten, van een voldoende belang deed blijken om die tariefverhoging te doen verbieden, doordat zij beweerden dat door de tariefverhoging het gebruik en het nut dat zij hadden van de natuurlijke rijkdommen in de streek van Washington, geschaad werd. "Consequently, neither the fact that the appellees here claimed only a harm to their use and enjoyment of the natural resources of the Washington areas nor the fact that all those who use those resources suffered the same harm, deprives them of standing."

De vraag of de gemeentebesturen inzage in bouw- en verkavelingsaanvragen mogen of moeten weigeren aan personen die niet hun "belang" kunnen aantonen, laat de minister onbeantwoord. Men kan echter uit het op de andere onder 2 vermelde antwoorden, alsook uit het antwoord op de vijfde vraag, wel afleiden, dat ze volgens de minister aan niet belanghebbenden geen inzage moeten geven, en waarschijnlijk zelfs niet mogen geven. Dit laatste is volgens de Minister alleszins de regel voor weigeren om bouw- of verkavelingsvergunningen af te leveren : daarover kunnen geen inlichtingen gegeven worden. Men vraagt zich tevergeefs af op welke rechtsgrond dit antwoord steunt. Kan men nog beweren dat er voor het rijkspersoneel een plicht tot geheimhouding bestaat (1), voor gemeenten ontbreekt dergelijke verplichting. Weliswaar is er geen algemene plicht tot openbaarmaking maar er is evenmin een algemene plicht tot geheimhouding. Gemeentebesturen mogen dus wel, buiten de gevallen dat zij daartoe verplicht zijn, stedenbouwkundige inlichtingen van gelijk welke aard aan gelijk welke persoon mededelen. Ook al zou door onverplichte mededeling voor de vergunninghouder schade kunnen voortvloeien, doordat daardoor bv. een vordering tot nietigverklaring van zijn vergunning, of een vordering tot schadevergoeding tegen hem mogelijk of gemakkelijker gemaakt wordt, dan nog is het optreden van de gemeente niet onrechtmatig. *Summa ius, summa iniuria* : kleeft er aan zijn vergunning een onwettigheid of onregelmatigheid, dan kan aan het gemeentebestuur niet verweten worden dat zij aan de sanctionnering daarvan heeft meegewerkt.

139.- c) aanpalende eigenaars

Deze groep, die enger is dan de voorgaande, kan onder door de Koning te bepalen voorwaarden inlichtingen krijgen over aanvragen voor een bouw- of verkavelingsvergunning (art. 63, 3).

(1) Art. 9 van het statuut van het Rijkspersoneel.

140.- d) Toekomstige eigenaars, huurders op lange termijn, erfpacht- en opstalrechtneemers.

Uiteraard is het voor deze personen belangrijk dat zij de bestemming van het goed kennen dat zij wensen te kopen, huren, in erfpacht of opstalrecht te nemen (art. 63,4).

Zoals onder b) voor het woord "belanghebbende", is er ook hier onduidelijkheid over het woord "wensen". Is het voldoende dat de aanvragers beweren dat zij "wensen" te kopen, enz. of is het gemeentebestuur gerechtigd om van die wens of dat voornemen het bewijs te vragen ? De voorbereidende werken geven geen opheldering. Het ziet er evenwel naar uit dat de gemeentebesturen gerechtigd zijn aan de "belanghebbenden", om de term die in de bepaling voorkomt te gebruiken, te vragen het bewijs van hun "toekomstige hoedanigheid" te leveren, al staat men hier uiteraard voor praktische moeilijkheden : een "toekomstige" eigenaar, huurder, enz. beschikt gewoonlijk niet over een geschrift waaruit zijn hoedanigheid blijkt. Die praktische bewijsmoeilijkheid moet de gemeenten ertoe aansporen aan art. 63,4 een zeer brede interpretatie te geven.

141.- Het slot van artikel 63 schrijft voor welke vermeldingen de afgegeven attesten tenminste moeten bevatten :

- of het perceel opgenomen is in een plan van aanleg, of in een ontwerp van streek of gewestplan en of er een verkavelingsvergunning bestaat ;
- welke bestemming het perceel volgens het plan van aanleg, het ontwerp van streek- gewestplan, of de verkavelingsvergunning heeft, en met name of er private woningen mogen worden gebouwd ;
- welke voorwaarden voor deze gebouwen gelden ;
- of het onroerend goed is opgenomen in een onteigeningsplan en, zo ja, de onteigenende instantie en de datum van het koninklijk besluit tot goedkeuring van die onteigening.

De modellen van stedenbouwkundige attesten gevoegd bij het uitvoeringsbesluit van 22 oktober 1971 geven alleen de minimuminlichtingen die in art. 63 van de wet vermeld zijn en voegen er geen andere aan toe.

142.- Deze beperking is terecht bekritiseerd geworden (1). Er bestaan immers nog andere erfdienstbaarheden dan deze voortvloeiend uit de wet van 29 maart 1962, die voor de aanvragers van inlichtingen en attesten van belang zijn. Men denke slechts aan de wettelijke erfdienstbaarheden allereerste die de eigendommen kunnen bezwaren.

Om maar een voorbeeld te noemen : art. 112 van het Boswetboek verbiedt om zonder vergunning van de minister van landbouw huizen, hoeven of aanhorigheden te bouwen op minder dan 100 meter afstand van de rand van de bossen die onder de toepassing van het Boswetboek vallen. Een bouwvergunning afgeleverd op grond van de wet op de ruimtelijke ordening een stedenbouw ontslaat de vergunninghouder niet van de verplichting, wanneer art. 113 van het Boswetboek op zijn eigendom van toepassing is, om ook de op grond van dat artikel 113 vereist vergunning te bekomen (2). Dat de houder van een bouwvergunning van deze bijkomende verplichting niet op de hoogte is kan hem nauwelijks kwalijk genomen worden. Dergelijke ongelukkige toestanden zou men kunnen verhelpen als de informatieplicht van de gemeentebesturen zich zou uitstrekken tot alle lasten en openbare erfdienstbaarheden die een eigendom kunnen bezwaren. Andere erfdienstbaarheden vindt men in de wet op de autosnelwegen (3), de wet op de elektriciteitsvoorziening (4), art. 556 van het B.W. in verband met de jaagpaden (5), de wet op de ondergrondse leidingen (6), de militaire erfdienstbaarheden (7), de wet ter bescherming van de monumenten en landschappen (8), de wettelijke regeling aangaande de spoorwegen (9), de wet op de telefoon en telegraaf (10), de wet op het gebruik van de wateren (11).

(1) De kritiek die de Suray op deze tekorten heeft geuit, heeft hem ertoe aangezet een wetsvoorstel te formuleren ter wijziging van art. 63 R.O. Dit voorstel heeft hij met name uiteengezet op de vergadering van de Commissie Grondbeleid van de Koninklijke Federatie der Belgische Notarissen op 24 januari 1974.

(2) Hof van Cassatie, 23 juni 1969, *Arresten*, 1969, 1049; *Pas.*, 1969, I, 972; *Mouvement Communal*, 1970, 676; *De Gemeente*, 1970, 679.

(3) Wet van 12 juli 1956, art. 4, 6 en 10.

(4) Wet 10 maart 1925.

(5) zie ook het K.B. van 15 oktober 1935.

(6) Wetten van 17 januari 1938 en 12 april 1965.

(7) Besluit van de Soevereine Vorst van 4 februari 1815, K.B. van 28 maart 1870.

(8) Wet van 7 augustus 1931.

(9) Wet van 25 juli 1891 en 14 februari 1935 ; K.B. van 21 augustus 1891.

(10) Wetten van 13 oktober 1930, 14 mei 1930 en 3 januari 1934.

(11) Wet 1 augustus 1924.

143.- de Suray, in een nog niet gepubliceerd voorstel tot wijziging van art.63 van de wet, wil aan art. 63, laatste lid onder a) doen toevoegen, na de woorden "... ontwerp van streek- of gewestplan", "in een milieuplan", en onder b) na de woorden, "... ontwerp van streek of gewestplan", h"het milieuplan". Verder vult hij artikel 63 aan, door in fine een zin toe te voegen, luidende : "c) de erfdienstbaarheden van openbaar nut".

Zijn voorstel spruit mede voort uit de vaststelling dat recente milieuwetten beschermingszones hebben ingevoerd (bv. de wet van 28 december 1964 i.v.m. de luchtverontreiniging, uitgevoerd door het K.B. van 26 juli 1971 ; de wet van 26 maart 1971 aangaande de waterwinningsgebieden en de bescherming van ondergrondse wateren ; de wet van 12 juli 1973 op de natuur- en woudreserves). In deze zones kunnen erfdienstbaarheden opgelegd worden, die de bouw- en verkavelingsmogelijkheden beïnvloeden.

In de Suray's optiek mist de Koning thans de bevoegdheid om het mededelen van die erfdienstbaarheden en lasten op te leggen. Een dergelijk besluit zou door machtsoverschrijding zijn aangetast en door de Raad van State vernietigd kunnen worden. De Koning kan in het attest alleen stedenbouwkundige gegevens doen opnemen, maar niet inlichtingen over wetgevingen die een ander doel beogen.

Kan men het met de Suray eens zijn dat een zuivere en meer coherente informatiepolitiek zeer gewenst is (1), dan valt te betwijfelen of daarvoor een wetswijziging nodig is. Weliswaar mag de Koning niet raken aan de gemeentelijke autonomie, en dus geen andere dan uit de wet voortvloeiende verplichtingen op leggen, maar men kan toch staande houden dat de erfdienstbaarheden die bouwen en verkavelen beïnvloeden, ook al danken zij hun ontstaan aan andere wetten dan de wet van 1962, stedenbouwkundige erfdienstbaarheden zijn. De huidige redactie van art. 63 blijkt voldoende om

(1) In dit verband mag verwezen worden naar art. 46 eerste lid van de wet, dat de gemachtigde ambtenaar oplegt om de bouwvergunning afgeleverd door het college zonder zijn advies (bij bestaan van een BPA of verkavelingsvergunning), te toetsen aan de wetgeving op de grote wegen, en aan de wet van 12 juli 1956 houdende statuut van de autosnelwegen en aan de in uitvoering van die wet goedgekeurde perceelsplannen. Waarom deze verplichting ook niet preventief opleggen, bij het afleveren van de stedenbouwkundige attesten ?

de mededelingsplicht ook tot deze erfdienstbaarheden uit te breiden. In die richting wijst ook de formulering van het begin van het laatste lid van art. 63 : "Dit attest vermeldt, onder meer :"

- 144.- Het reeds enige malen vermelde koninklijk besluit van 22 oktober 1971 geeft de uitvoeringsmaatregelen van art. 63 van de wet.

Het bepaalt in artikel 1 dat binnen de dertig dagen na het verzoek, de gemeentebesturen aan ieder die erom vraagt, afdrukken of uittreksels moeten geven van alle plannen van aanleg en bijbehorende verordenende voorschriften, evenals van de ontwerpstreek- en gewestplannen en bijbehorende voorschriften, van de algemene en gemeentelijke bouw- en verkavelingsverordeningen, van de rooiplannen en van de perceelplannen die desgevallend door de Koning zijn vastgesteld op grond van artikel 6 § 1 van de wet van 12 juli 1956 tot vaststelling van het statuut van de autosnelwegen.

Derde belanghebbenden kunnen gedurende ten minste twee dagen per week, door de gemeentebesturen te bepalen, op het gemeentehuis inzage nemen van de inhoud van de afgegeven bouwvergunningen (art. 2). Hoever dat inzagerecht strekt, werd door minister De Saeger verduidelijkt in zijn hiervoor geciteerd antwoord op de vraag van volksvertegenwoordiger Kelchtermans d.d. 28 september 1973.

Aanpalende eigenaars beschikken eveneens over twee dagen per week om inlichtingen te vragen over aanvragen om bouw- en verkavelingsvergunningen. Die inlichtingen worden gegeven op een formulier waarvan een model bij het besluit gevoegd is (art. 3).

Tenslotte voeren de artikels 5 en 6 het bestaan in van twee stedenbouwkundige attesten. Stedenbouwkundig attest n° 1 is eenvoudiger en meer algemeen ; het moet binnen de veertig dagen na de aanvraag worden afgeleverd. Attest n° 2 is meer gedetailleerd ; het moet afgeleverd worden binnen de 75 dagen volgend op de aanvraag. Zowel voor de aanvragen als voor de attesten zelf zijn bepaalde formulieren voorgeschreven, waarvan modellen bij het besluit gevoegd zijn.

Al deze bescheiden moeten door het gemeentebestuur afgeleverd worden, in voorkomend geval met het advies van de gemachtigde ambtenaar.

c) *Evaluatie van de openbaarheid in de wetgeving op de ruimtelijke ordening en de stedebouw*

145.- In vergelijking met andere wetten bekleedt het geheel van de wettelijke bepalingen op de ruimtelijke ordening en de stedebouw op het stuk van de openbaarheid ongetwijfeld een zo benijdenswaardige als eenzame plaats.

Niet alleen bij het opmaken van de plannen van aanleg, die dan toch de grondslag zijn waarop de ruimtelijke ordening steunt, heeft de burger recht op informatie en inspraak, ook bij het aanvragen van sommige bouw- en verkavelingsvergunningen moet een openbaar onderzoek gehouden worden dat allen die erdoor bereikt worden, de mogelijkheid geeft hun opmerkingen en bezwaren kenbaar te maken. Deze bepalingen worden nuttig aangevuld door artikel 63 van de wet, dat aan de aanpalende eigenaars het recht om inlichtingen te vragen, geeft over bouw- en verkavelingsvergunningen, ook wanneer er geen openbaar onderzoek voorgeschreven is. Daarnaast bevat artikel 63 ook nog andere, voor de openbaarheid waardevolle regels.

146.- Niettemin zijn er ook tegen deze wetgeving enkele bedenkingen aan te voeren.

De wetgever is uitgegaan van het idee dat geheimhouding de regel, de openbaarheid de uitzondering is. Dit blijkt niet alleen uit het feit dat men de gevallen waar openbaarheid verplicht dan wel toegestaan is, heeft opgesomd, terwijl, als men de openbaarheid als regel had aanvaard, men de gevallen waar geen openbaarheid gegeven mocht worden, zou hebben aangeduid, maar ook uit diverse passages in de voorbereidende werken komt die instelling naar voren. Een voorstel in de senaatscommissie om de openbaarmaking van alle bouw- en verkavelingsaanvragen verplicht te maken, werd door de commissie geweerd en omgebouwd tot de gedeeltelijke openbaarmaking daarvan, alleen aan de aanpalende eigenaars, en dan nog op initiatief van dezen (1). In de commissie, was ook de opmerking gemaakt dat de procedure voor het opmaken van de plannen van aanleg niet van toepassing was op de ontwerpstreek- en gewestplannen, zodat de administratie die ontwerpplannen zou kunnen opmaken, en de minister

(1) Documenten Senaat, 1969-1970, n° 525, p. 63.

ze voorlopig vaststellen, zonder enige raadpleging of voorlichting. Het antwoord van de minister was dat hij er zich toe verbond ook voor de ontwerpstreek en gewestplannen de procedure van artikel 9 te volgen (1).

Blijkbaar gaan zowel de commissie als de minister van de grondgedachte uit dat geheimhouding de regel is, en dat de minister bij wijze van gunst beloofd heeft de openbaarheidsregelen van artikel 9 te volgen, zonder dat hij evenwel daartoe verplicht is.

Die houding valt te betreuren. Blijkbaar is voor het parlement en de administratie de openbaarheid in de ruimtelijke ordening alleen maar gewenst omdat en in zoverre zij noodzakelijk is om een doeltreffend beleid terzake mogelijk te maken. Men realiseert zich wel dat zonder de medewerking, en dus zonder de voorlichting van het publiek, ruimtelijke ordening moeilijk haalbaar wordt. Tekenend voor deze houding is de volgende passage uit de rede van minister Vanaudenhove in de senaat op 11 mei 1960 : "Je voudrais confier à cette administration ... une mission que je considère comme une des plus importantes. Il s'agit d'une politique de "public relations", de répandre dans notre pays l'idée de l'aménagement du territoire.

...

En montrant à tous et partout l'importance pour l'avenir du pays de la pratique d'une politique d'aménagement, on obtiendra ainsi la collaboration indispensable de l'opinion publique" (2).

Men ziet openbaarheid als een middel, dat onmisbaar is om het gestelde doel te bereiken. Het wordt slechts gahanteerd voor zoveel als het onmisbaar is, en niet omdat het in se deel moet uitmaken van het bestuurlijk besluitvormingsproces. Dit komt mede tot uiting doordat het publiek pas ingelicht wordt over de ontwerpplannen, wanneer deze in grote lijnen reeds definitief zijn, en het moeilijk wordt om alternatieven voor te stellen. Het moet soms wel frustrerend werken dat men ingelicht wordt in een stadium, dat het plan nog wel niet definitief is, maar dat het toch praktisch onmogelijk is om andere dan detailwijzigingen aan te bren-

(1) Documenten Senaat, 1969-1970, n° 525, p. 9.

(2) Handelingen Senaat, 1959-1960, 11 mei 1960, p. 1288.

gen. De regionale en officieuze commissies, en de gemeentebesturen bevinden zich doorgaans in een gunstigere positie, maar dit neemt niet weg dat een goed begrepen openbaarheid anders en verder gaat dan de wet op de ruimtelijke ordening waarmaakt. Het publiek hoort niet alleen over de ontwerpplannen zelf, maar ook over de eventuele alternatieven ingelicht te worden.

147.- Naast deze opmerking ten gronde zijn nog enige andere bedenkingen aan te voeren.

Een amendement van senator de Dorlodot om in artikel 9, derde lid, de woorden "door aanplakking" te vervangen "door aanplakbiljetten van groot formaat naar rato van ten minste 15 per duizend inwoners of fractie van duizend", en om het vierde lid van dat artikel aan te vullen als volgt : "Ten minste twee dagen voor de terinzagelegging van het ontwerp deelt het gemeentebestuur dit schriftelijk mede aan de eigenaars van meer dan 10 ha gronden in de gemeente", werden door de senaat verworpen (1). Tegen dit laatste amendement kan met reden aangevoerd worden dat de voorgestelde grens van 10 ha willekeurig is en sociaal niet verantwoord (2). Het eerste amendement verdiende echter meer dan de repliek van verslaggever Hambye, die het in het belachelijke trok door te beweren dat aan de strekking van het amendement zou voldaan zijn wanneer de affiches alle vijftien op elkaar geplakt werden i.p.v. naast elkaar (3). Weliswaar kan men stellen dat dergelijke detailbepalingen niet rechtstreeks in de wet moeten worden opgenomen, maar men had toch kunnen bepalen dat de Koning de publiciteitsregelen nader zou bepalen, zoals bv. het geval is voor sommige bouw- en verkavelingsvergunningen. In de voormelde besluiten van 6 februari 1971 heeft de Koning de plaatsing en de grootte, tot zelfs de kleur van het papier en lettertype bepaald. Een dergelijke precisering van de aanplakkingsmodaliteiten ware ook in artikel 9 niet overbodig geweest.

148.- De publiciteit die aan de ontwerpplannen en aan de plannen van aanleg gegeven wordt in de kranten, en eventueel andere nieuwsmedia, lijkt weinig doeltreffend te zijn. Publiciteit op zich volstaat niet om de aandacht

(1) Handelingen Senaat, 1959-1960, 25 mei 1960, p. 1476.

(2) Individuele waarschuwing is praktisch onmogelijk : zie M.V.T., Documenten Senaat 1958-1959, n° 124, p. 52.

(3) Handelingen Senaat, 1959-1960, 25 mei 1960, p. 1477.

en de medewerking van het publiek gaande te maken. Daarvoor is een intensieve voorbereiding van het publiek nodig, en vooral moet men de burgers in veel vroeger stadium van de besluitvorming doen tussenbeide komen. Vooral op gemeentelijk niveau zou men zodra de raad de beslissing genomen heeft een BPA te doen opmaken, van begin af aan de bevolking daarbij moeten betrekken, op wijkvergaderingen, samen met het gemeentebestuur en de ontwerper van het plan. Het lijkt ook aangewezen om bij het opstellen van het plan alternatieve oplossingen voor te stellen, zodat de bevolking tenminste een reële inspraak heeft.

Het openbaar onderzoek dat gehouden moet worden bij sommige bouw- en verkavelingsaanvragen (art. 54 § 3 en 57 § 3, en 57 bis § 1 ; koninklijke besluiten van 6 februari 1971), is ongetwijfeld een substantiële formaliteit. Blijft dit onderzoek achterwege, dan is dit ongetwijfeld een grond van nietigheid (1). Miskenning van de modaliteiten van bekendmaking van het onderzoek zal alleen dan door de Raad van State gesanctioneerd worden wanneer bewezen is dat de belanghebbenden daardoor niet naar behoren hun bezwaren en opmerkingen hebben kunnen maken (2).

Zo kan men stellen dat miskenning van de publiciteitsvoorschriften inzake bouw- en verkavelingsvergunningen op voldoende wijze gesanctioneerd kan worden, dan kan van de publiciteitsvoorschriften zelf dat niet gezegd worden. Met name moet betreurd worden dat de koninklijke besluiten van 6 februari 1971 geen individuele notificatie van het onderzoek aan de burens voorschrijven. Weliswaar vergroot dit op het eerste zicht de mogelijkheden voor burentwisten, maar dit bezwaar kan gemakkelijk ondervangen worden door te bepalen dat de burens die geen opmerkingen of bezwaren gemaakt hebben, later niet meer de vergunning voor de Raad van State mogen betwisten, tenminste als de vergunning conform is aan de aanvraag waarover het onderzoek gehouden wordt.

(1) Naar analogie met de regeling voor gevaarlijke, hinderlijke en ongezonde inrichtingen : Raad van State, 23 december 1966, n° 12.134.

(2) Vergelijk : Raad van State, 19 juni 1970, n° 14182.
Raad van State, 18 maart 1966, n° 11707.

149.- Die aanvraag zelf kunnen de aanpalende eigenaars inzien op het gemeentehuis, dit op grond van art. 63, 3 van de wet R.O.

De redactie van art. 63 is overigens onbevredigend, omdat er geen doeltreffende sanctie voorzien is bij niet nakoming door het gemeentebestuur van zijn openbaarheidsplicht. De Raad van State heeft uitdrukkelijke gesteld dat al mocht de gemeente in gebreke gebleven zijn de haar door artikel 63 wet R.O. opgelegde verplichtingen na te komen (verkeerde inlichtingen over een bouwvergunning aan een buurman), deze tekortkoming niet de onregelmatigheid van de vergunning tot gevolg kan hebben (1). Het zou inderdaad verkeerd zijn de informatieplicht van artikel 63 en de procedure voor het afleveren van vergunningen op die wijze met elkaar te verbinden. De juiste sanctie in dit geval zou zijn de verzoeker, die verkeerd werd ingelicht en daarom geen verzoekschrift bij de Raad van State indiende, toch ontvankelijk te verklaren in zijn vordering, ook al is de termijn voor het indienen van het verzoekschrift verstreken.

Daarmee is evenwel de miskenning van het informatierecht, dat de wet toch bedoelt toe te kennen, niet gesanctioneerd. De mogelijkheid om tegen een weigering om informatie te verstrekken, op te komen bij de Raad van State, is duidelijk onvoldoende. Zoals voor de afgifte van uittreksels uit de registers van de burgerlijke stand (2) moet ook hier een bepaling ingelast worden die aan de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, zetelende in kort geding, de bevoegdheid geeft om de mededeling van de informatie te bevelen. Zoals de zaken er nu voor staan komt bv. de bepaling van een termijn voor de afgifte van stedenbouwkundige attesten, ingelast in artikel 63 door de wet van 22 december 1970 en uitgevoerd door artikels 5 en 5 van het koninklijk besluit van 22 oktober 1971, voor als een vrome wens ; de aanvrager van een attest staat machteloos tegen een weigering, niet alleen om een attest binnen de voorziene termijnen af te leveren, maar zelfs tegen een weigering om de attesten hoe dan ook af te leveren.

(1) Raad van State, 4 juli 1967, n° 12512.

(2) art. 45 § 2 B.W.

149.- Die aanvraag zelf kunnen de aanpalende eigenaars inzien op het gemeentehuis, dit op grond van art. 63, 3 van de wet R.O.

De redactie van art. 63 is overigens onbevredigend, omdat er geen doeltreffende sanctie voorzien is bij niet nakoming door het gemeentebestuur van zijn openbaarheidsplicht. De Raad van State heeft uitdrukkelijke gesteld dat al mocht de gemeente in gebreke gebleven zijn de haar door artikel 63 wet R.O. opgelegde verplichtingen na te komen (verkeerde inlichtingen over een bouwvergunning aan een buurman), deze tekortkoming niet de onregelmatigheid van de vergunning tot gevolg kan hebben (1). Het zou inderdaad verkeerd zijn de informatieplicht van artikel 63 en de procedure voor het afleveren van vergunningen op die wijze met elkaar te verbinden. De juiste sanctie in dit geval zou zijn de verzoeker, die verkeerd werd ingelicht en daarom geen verzoekschrift bij de Raad van State indiende, toch ontvankelijk te verklaren in zijn vordering, ook al is de termijn voor het indienen van het verzoekschrift verstreken.

Daarmee is evenwel de miskenning van het informatierecht, dat de wet toch bedoelt toe te kennen, niet gesanctionneerd. De mogelijkheid om tegen een weigering om informatie te verstrekken, op te komen bij de Raad van State, is duidelijk onvoldoende. Zoals voor de afgifte van uittreksels uit de registers van de burgerlijke stand (2) moet ook hier een bepaling ingelast worden die aan de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, zetelende in kort geding, de bevoegdheid geeft om de mededeling van de informatie te bevelen. Zoals de zaken er nu voor staan komt bv. de bepaling van een termijn voor de afgifte van stedenbouwkundige attesten, ingelast in artikel 63 door de wet van 22 december 1970 en uitgevoerd door artikels 5 en 6 van het koninklijk besluit van 22 oktober 1971, voor als een vrome wens ; de aanvrager van een attest staat machteloos tegen een weigering, niet alleen om een attest binnen de voorziene termijnen af te leveren, maar zelfs tegen een weigering om de attesten hoe dan ook af te leveren.

(1) Raad van State, 4 juli 1967, n° 12512.

(2) art. 45 § 2 B.W.

149.-bis Er is, met betrekking tot de stedenbouwkundige attesten, nog een ander probleem.

Deze attesten zijn namelijk te beschouwen als inlichtingen door het bestuur verstrekt, maar die haar niet binden. Met andere woorden, de overheid behoudt de vrijheid wanneer een stedenbouwkundige vergunning wordt aangevraagd, om daarover te beslissen zelfs in strijd met de inlichtingen die in het attest vermeld waren. In die zin geven die attesten geen rechtszekerheid. Toch moet hier bij aangetekend worden dat ook de praktische waarde van stedenbouwkundige attesten te verwaarlozen zou zijn. Het Hoofdbestuur van de Ruimtelijke Ordening en Stedebouw verdedigt de stelling dat de attesten in feite de overheid binden bij een latere vraag om vergunning, in zoverre er zich geen nieuwe feiten op stedenbouwkundig gebied hebben voorgedaan.

De theoretische nulwaarde van de stedenbouwkundige attesten heeft volksvertegenwoordiger Cools ertoe aangezet een wetsvoorstel in te dienen ter aanvulling van artikel 63 van de wet op de ruimtelijke ordening en de stedebouw, waarvan de tekst, na amendering in de Kamerkommissie, als volgt luidt: "Stedenbouwkundige attesten blijven slechts gedurende een periode van zes maanden van kracht.

Op verzoek van de betrokkene kan het college van burgemeester en schepenen de geldigheidsduur echter met zes maanden verlengen" (1).

Dit voorstel werd op 25 juni 1975 eenparig door de Kamer goedgekeurd (2).

De cruciale woorden van deze tekst zijn de woorden "van kracht blijven". Daardoor ondergaat het attest een kwalitatieve verandering. Van een althans theoretisch, vrijblijvend verstrekken van inlichtingen, wordt het een rechtshandeling, d.w.z. doet het rechten ontstaan. Maar hoever strekt die bindende kracht zich uit, *ratione materiae*?

(1) *Documenten Kamer*, zitting 1974-1975, n° 543-1 (voorstel) en 543-2 (verslag).

(2) Bespreking: *Handelingen Kamer*, 24 juni 1975, p. 3588-3589
Stemming: *Handelingen Kamer*, 25 juni 1975.

Vanzelfsprekend niet verder dan de elementen die in het attest zijn opgenomen, en deze zijn, zeker voor het stedenbouwkundig attest n° I, nogal summier (1). Dit werd door de auteur van het voorstel als volgt toegelicht:

"Dit wil zeggen dat wanneer iemand een stedenbouwkundig attest heeft bekomen hij gedurende zes maanden de zekerheid heeft dat de stedenbouwkundige voorschriften die erin zullen voorkomen diegene zullen zijn die hij bij het aanvragen van een bouwvergunning zou kunnen laten naleven" (2).

Met andere woorden, de overheid behoudt haar vroegere vrijheid voor alle elementen die niet in het stedenbouwkundig attest zijn opgenomen.

Het gevaar is niet denkbeeldig dat de overheid, mocht dit voorstel wet worden, bij het afleveren van de attesten noodgedwongen zoveel voorbehouden gaat aanduiden dat de uiteindelijk vaststaande elementen tot een minimum beperkt zullen zijn.

Ten tweede, en hierop is ook in de Kamercommissie gezinspeeld geworden (3), kan men nu gaan beweren dat de waarde, *ratione temporis*, van de attesten, dan ook strikt beperkt blijft tot zes maanden, zij het dat het mogelijk zal zijn die termijn met nog eens zes maanden te verlengen.

Alleszins betekent dat voor de personen betrokken bij de rechtshandelingen vermeld in artikel 44 § 5 van de wet op de ruimtelijke ordening en de stedenbouw, - en op de eerste plaats de notarissen -, dat geen attesten van ouder dan zes maanden gebruikt mogen worden.

Ook lost het voorstel het conflict niet op dat zou kunnen rijzen tussen college van burgemeester en schepenen, en de gemachtigde ambtenaar, naar aanleiding van verlengingen van attesten. Bij gebrek aan bepalingen daaromtrent moet men aannemen dat beslissingen daaromtrent alleen onderworpen zijn aan het bestuurlijk toezicht ingesteld door de artikelen 85 en 86 van de Gemeentewet. De gemachtigde ambtenaar kan er zich niet tegen verzetten.

(1) Zie de tekst van het aanvraag- en antwoordformulier, als bijlage bij het K.B. van 22 oktober 1971, *Belgisch Staatsblad*, 14 december 1971, p. 14607-14609.

(2) *Handelingen Kamer*, 24 juni 1975, p. 3589.

(3) Verslag *Documenten Kamer*, n° 543-2, p. 1

Blijft dan nog de betekenis van het woord "betrokkene" in de tweede alinea van het voorstel - thans ontwerp - te verklaren. Dit betreft eenieder die kan aantonen dat hij belang heeft bij het verlengen van het attest, ook al is hij niet de oorspronkelijke aanvrager. Deze interpretatie stemt overeen met deze van de auteur.

In haar geheel gezien verdient deze poging, welke ook haar lot zal zijn, een positieve beoordeling wat de bedoeling betreft waaruit ze is voortgekomen, namelijk het verschaffen van rechtszekerheid.

Te vrezen valt dat de praktische uitwerking niet aan die bedoeling zal beantwoorden, doordat het bestuur, gezien de waarde die alsdan aan de attesten gegeven zal worden, een strakkere en voorzichtigere houding zal gaan aannemen.

De auteur is er zich zelf van bewust dat hij maar een klein deel van de problemen oplost (1), daar waar toch duidelijk blijkt dat de materie van de stedenbouwkundige attesten om een globale aanpak vraagt, waarbij het probleem van de termijnen van aflevering op de voorgrond treedt. Hopelijk zal het slagen van dit voorstel tot die aanpak dwingen.

(1) *Handelingen Kamer*, 24 juni 1975, p. 3589.

Het valt te hopen dat bij een volgende wijziging aan de wet R.O., de openbaarheid op coherente wijze wordt georganiseerd, zodat ze doeltreffend werkt en de naleving ervan daadwerkelijk kan afgedwongen worden.

§ 3. DE MIDDELEN TOT EN MODALITEITEN VAN OPENBAARHEID

1. Middelen tot openbaarheid

151.- Betreffende de middelen tot openbaarmaking kan men met Vander Stichele zeggen dat "ze gaan van de meest primitieve vorm, zoals de uitroeping na de kerkdienst in de plattelandsgemeenten, tot de meest moderne, als daar zijn de radio en de televisie" (1).

In het overgrote deel van de gevallen gebeurt de publiciteit evenwel door publicatie in officiële tijdingen (Belgisch Staatsblad, Bestuursmemorialen) en door aanplakking (voor de gemeentelijke beslissingen en voor openbare onderzoeken).

Informatie vooraf d.w.z. voorafgaandelijk aan de administratieve beslissing, gebeurt vrijwel uitsluitend door middel van het openbaar onderzoek, soms aangevuld door een individuele en schriftelijke kennisgeving aan bepaalde personen (ARAB, domaniale wet).

Vrijwel steeds wordt de informatieplicht gekoppeld aan te nemen of reeds genomen bestuurlijke beslissingen. Wettelijke bekrachtiging van een informatierecht los van het bestuurlijk beslissingsproces, zoals in artikel 63 Wet R.O., is een grote uitzondering. Deze leemte wordt voor een deel opgevangen door de administratie, die soms spontaan de gevraagde inlichtingen geeft (2).

152.- Het is duidelijk dat niet alle publiciteitsmiddelen hun doel bereiken. Publicatie in officiële tijdingen bereikt de doorsnee burger niet. Dat blijkt niet alleen uit de beperkte oplage van het Belgisch Staatsblad (3)

(1) VAN DER STICHELE, *preadvies*, p. 162.

(2) Zie § 4.

(3) Belgisch Staatsblad : oplage 1974 : 21.900
abonnees 1974 : 19.950

en de Bestuursmemorialen (1), en uit de houding van het Hof van Cassatie dat de publicatie van wetten, besluiten en reglementen enkel een formaliteit is, nodig om ze tegenstelbaar en verbindend te maken (2), daar komt nog bij dat de taal waarin die stukken gesteld zijn, moeilijk of niet leesbaar zijn (3). Dit wordt ten dele gecompenseerd doordat de kranten soms de inhoud van het Belgisch Staatsblad vermelden, en soms een beknopte analyse en commentaar geven van belangrijke wetten en besluiten (4).

Over de doeltreffendheid van het openbaar onderzoek is moeilijk een oordeel uit te brengen, omdat daar toevallige en wisselvallige factoren in sterke mate meespelen, zoals het bestaan van drukkingsgroepen, plaatselijke gevoeligheid voor bepaalde problemen (sterke milieuhinder bv.), het voorwerp zelf van het onderzoek, enz.

- 153.- Interessant is de uitspraak van de Raad van State dat niets de gemeente belet om bij een openbaar onderzoek naar aanleiding van een exploitatievergunning, ook personen die buiten een straal van 100 meter (thans 50 m) van het bedrijf verblijven, op de hoogte te brengen van het openbaar onderzoek. Deze publiciteit, die ruimer is dan wettelijk verplicht, zou alleen dan onaanvaardbaar zijn wanneer het gemeentebestuur daardoor opzettelijk zo veel mogelijk bezwaarschriften wil uitlokken en aldus de overheid die de beslissing moet nemen, wil beïnvloeden (5). Deze oplossing moet toegejuicht worden, niet alleen omdat

- (1) De provincies Limburg, Antwerpen en Luik hebben niet geantwoord op vragen naar oplage en abonnees van hun Bestuursmemoriaal. Voor de andere provincies luiden de gegevens voor 1974 :

	<u>Oplage</u>	<u>abonnees</u>
Brabant	1310	770
West-Vlaanderen	1050	950
Henegouwen	1800	953
Luxemburg	552	520
Namen	750	750
Oost-Vlaanderen	650	70(betaalde abonnementen)

- (2) Zie voetnoot (1), p. 74

- (3) Zie voetnoot (2), p. 74

- (4) "La Libre Belgique" schijnt de enige krant te zijn die op systematische wijze de inhoudsopgave van het Belgisch Staatsblad opneemt. De meeste andere kranten hebben een min of meer regelmatige juridische kroniek, waarin naast praktijkproblemen ook belangrijke wetten besproken worden.

- (5) Raad van State, 13 oktober 1959, n° 7282.

daarmee in principe de vraag beslecht is of de overheid meer openbaarheid mag geven dan wettelijk verplicht, maar ook omdat de hier bekritiseerde wijze van openbaarmaking de individuele kennisgeving betrof. Individuele schriftelijke kennisgeving is ongetwijfeld het beste openbaarmakingsmiddel. Men moet er naar streven om dit middel zoveel mogelijk toe te passen ; thans wordt het praktisch alleen gebruikt in de reglementering ter zake van gevaarlijke, ongezonde en hinderlijke bedrijven, en inzake onteigeningen.

- 154.- Het initiatief tot openbaarmaking ligt soms bij de overheid (meest voorkomend geval), en soms bij de burgers zelf. Telkenmale openbaarheid voorgeschreven is bij het besluitvormingsproces, of ter verbindendmaking van genomen besluiten, moet de overheid zelf de voorgeschreven maatregelen nemen (publicatie, mededeling via de nieuwsmedia, openbaar onderzoek). In de relatief schaarse gevallen waar de openbaarmaking niet in verband staat met een bestuurlijke beslissing, komt het aan de burger toe om de informatie te vragen. Het is juist in deze gevallen dat een effectieve sanctie dikwijls ontbreekt.

2. Modaliteiten van openbaarheid

Een andere indeling van de publiciteitsregels houdt rekening met de personen die op openbaarmaking aanspraak kunnen maken.

a. Soms richt de publiciteit zich tot iedereen

- 155.- Dit geldt met name voor de publicatie van genomen beslissingen en voor openbare onderzoeken. Weliswaar zal die openbaarmaking niet iedereen effectief bereiken, maar het belang van die principiële algemene openbaarheid is daarin gelegen, dat wanneer die openbaarmaking bedoelt de mogelijkheid te geven om opmerkingen en bezwaren te maken, iedereen van dat recht gebruik kan maken. Met andere woorden, iedereen die kennis heeft gekregen van een openbaar onderzoek, mag bezwaarschriften indienen, zonder dat hij van een belang moet doen blijken. Weigert de overheid bezwaarschriften in ontvangst te nemen, omdat zij meent dat de indiener geen belang heeft bij de voorgenomen beslissing, dan is dit een voldoende grond om niet alleen de weigering, maar ook de beslissing die met mis-

kenning van het recht om bezwaarschriften in te dienen genomen is, door de Raad van State te doen vernietigen (1).

b. In andere gevallen bestaat het recht op openbaarheid alleen voor bekleeders van bepaalde functies

156.- Zo spreekt het vanzelf dat t.o.v. ministers, leden van de bestendige deputatie, burgemeesters en schepenen geen geheimhouding geldt voor de dokumenten, besluiten en besluitvormingsprocessen, althans m.b.t. de diensten die onder hun gezag staan. Terzake is er geen wettelijke regeling, maar die is overbodig ; het recht op informatie van leden van uitvoerende colleges berust zowel op hun politieke verantwoordelijkheid voor het doen en laten van hun administratie, als op het hiërarchisch principe.

Op grond van datzelfde hiërarchische principe kan een superieur tegenover zijn ondergeschikten dezelfde rechten doen gelden. Verder zijn er heel wat wettelijke of reglementaire bepalingen die voorafgaandelijk aan bepaalde beslissingen, de plicht opleggen om de een of andere functionaris of ambtelijke dienst te raadplegen. Dit verschijnsel, ook wel genoemd "l'administration consultative" (2), brengt met zich mee dat de adviserende ambtenaar of ambtenaren recht hebben op volledige en juiste informatie. Een advies dat uitgebracht werd op grond van verkeerde gegevens geeft aanleiding tot de vernietiging van de achteraf tussenbeide gekomen beslissing (3).

(1) Zie de obiter dicta van het in de vorige voetnoot vermelde arrest : "dat; krachtens artikel 6 van het algemeen reglement (voor de arbeidsbescherming), elkeen bij het gemeentebestuur opmerkingen kan doen gelden tegen de toekenning van de aangevraagde vergunning tot het oprichten van een hinderlijk bedrijf".

(2) BARTHOLOME F., Quelques réflexions sur l'administration consultative, *Ann. Fac. dr. Liège*, 1958, p. 41 e.v.
zie ook : Yves WEBER, *L'administration consultative*, Paris, 1968.
J.M. FAVRESSE, P. COURTOY en M. VERMEULEN-MALCHAIR, La participation des particuliers aux tâches administratives, in : *Rapports belges au VIIIe Congrès international de droit comparé*, (Pescara, 1970), Bruxelles, C.I.D.C., 1970, p. 629 e.v.

157.- De rechten en mogelijkheden waarover de leden van het parlement, de provincie- en gemeenteraden beschikken, zijn niet zo duidelijk afgebakend.

Als regel kan men stellen dat de leden van deze organen niet het recht hebben, behoudens uitdrukkelijk andersluidende bepalingen, om zich rechtstreeks tot de ambtenaren te wenden, buiten medeweten van de executieve (1). Het is duidelijk dat rechtstreekse contacten tussen administratie en leden van wetgevende lichamen, daarin begrepen provincie- en gemeenteraden, toch plaatsvinden en getolereerd worden, maar het is ook duidelijk dat van tijd tot tijd daarover conflicten en wrijvingen ontstaan. Voor de leden van de wetgevende lichamen is de controle op de uitvoerende colleges een van de belangrijkste taken ; deze functie kan maar naar behoren waargenomen worden wanneer men alle gegevens m.b.t. de te controleren handelingen kent.

Het parlement is geen recht op informatie toegekend, maar in de praktijk lijkt er aan zo'n recht niet zo'n behoefte te bestaan. Enerzijds is er het middel om schriftelijke en mondelinge vragen te stellen , anderzijds zijn er veelvuldige informele contacten met het bestuur en tenslotte is er het uiterste wapen van de motie van wantrouwen.

158.- Voor de provincie- en gemeenteraden liggen de zaken wel anders. Bestendige deputatie en college van burgemeester en schepenen zijn niet afzetbaar door de provincie- respektievelijk gemeenteraad. De raden vergaderen heel wat minder dan het parlement, zodat het stelsel van vragen en informele contacten niet tot behoorlijke ontwikkeling komt. Daar tegenover dat zowel de provincie- als de gemeentewet bepalingen bevatten om de informatie van de raadsleden te waarborgen. Artikel 84 van de provinciewet zegt dat

"De raad kan een of meer van zijn leden opdracht geven om ter plaatse de inlichtingen in te winnen die hij binnen het gebied van zijn bevoegdheid nodig heeft. Hij kan in briefwisseling treden met de gestelde overheden en met de openbare ambtenaren, teneinde dezelfde inlichtingen te bekomen. Indien, niettegenstaande twee achtereenvolgende uit de briefwisseling blijkende waarschuwingen, ondergeschikte bestuursoverheden verzuimen de gevraagde inlichtingen te geven, kan de raad een of meer van zijn leden, op de persoonlijke kosten van de gezegde overheden, afvaardigen met opdracht de inlichtingen ter plaatse te nemen."

(1) De uitvoerende macht heeft het toezicht op de ambtenaren : art. 66 Grondwet, 126 Provinciewet, 90, II° Gemeentewet. Zie ook Conseil d'Etat fr., Assemblée, 9 november 1973, A.J.D.A., 1974, 93.

Ondanks de inherente zwakte van de modaliteit van dit recht - het kan alleen maar collegiaal worden uitgeoefend - is het toch een belangrijk wapen in de handen van de provincieraad.

Dan is er nog het derde lid van art. 120, dat de provinciale griffier de verplichting oplegt om aan ieder raadslid een exemplaar te zenden van al hetgeen uit naam van de raad en van de deputatie gedrukt wordt.

De gemeentewet bevat soortgelijke bepalingen. De oproeping tot de vergadering moet de dagorde bevatten (art. 63, lid 1 in fine). Geen akte of stuk betreffende het bestuur mag aan het onderzoek van de raadsleden onttrokken worden (art. 69, derde lid). Uit deze laatste bepaling blijkt niet of het recht op mededeling en inzage, dat er a contrario uit afgeleid kan worden, aan de raadsleden afzonderlijk of collegiaal toekomt. Naar analogie met artikel 84 van de provinciewet mag men aannemen dat ook de gemeenteraad dit recht als college bezit.

Voor zoveel als het informatierecht van de raadsleden nadere uitvoeringsmodaliteiten behoeft, kan dit geregeld worden door de bestendige deputatie en het college van burgemeester en schepenen, als verantwoordelijken voor de goede administratieve gang van zaken. Die modaliteiten moeten het recht zelf onverkort laten en mogen niet discriminatoir toegepast worden (1).

c. Informatie die aan beperkte categorieën personen of groepen toekomt

159.- Het komt frequent voor dat informatie doorgespeeld moet worden aan personen of groepen die een persoonlijk, materieel of professioneel belang hebben bij een te nemen of genomen beslissing.

Men kan deze categorieën in een woord als de "belanghebbenden" aanduiden. Soms zegt de wet of reglement zelf uitdrukkelijk wie die belanghebbenden zijn ; de bewoners in een straal van vijftig meter van de gevaarlijke, hinderlijke of ongezonde inrichtingen (art. 4 lid 6 van het Algemeen Reglement voor de Arbeidsbescherming), de aanpalende eigenaars (art. 63, 3° van de wet op de ruimtelijke ordening), de beroepsverenigingen van apothekers en geneesheren (art. 6 van de wet van 12 april 1958 betreffende

(1) Vgl. Conseil d'Etat fr., Assemblée, 9 november 1973, *AJDA*, 1974, p. 93.

de medisch-farmaceutische cumulatie); de syndicale raden van advies (art. 4 en 6 van het K.B. van 20 juni 1955, houdende syndicaal statuut van het personeel der openbare diensten).

Het gebeurt ook vaak dat er alleen maar sprake is van "belanghebbenden" zonder meer: art. 120, vierde lid van de provinciewet, art. 63, 2 van de wet op de ruimtelijke ordening, art. 45 § 2 van het Burgerlijk wetboek ("familiaal, wetenschappelijk of enig ander wettelijk belang"). Welke maatstaven moeten hier aangelegd worden? Niet ten onrechte stelt de minister van openbare werken in zijn antwoord op de reeds geciteerde vraag van volksvertegenwoordiger Kelchtermans van 28 september 1973, dat men zich moet richten naar de rechtspraak van de Raad van State (1). Het begrip "belanghebbende" in de wet op de ruimtelijke ordening kan verduidelijkt worden door de opvatting van het begrip "belang" als ontvankelijkheidsvoorwaarde van verzoekschriften i.v.m. die bepalingen van de wet op de ruimtelijke ordening.

Zo kan men voor iedere wet of besluit tewerk gaan. In algemene zin kan men stellen dat het belang persoonlijk en wettig moet zijn (2).

159.-bis De modaliteiten van de bekendmaking hebben een invloed op de termijn die gesteld is voor het indienen van een verzoekschrift bij de Raad van State.

Wanneer het gaat om een individuele bestuursmaatregel die niet gepubliceerd moet worden, en die enkel aan de betrokkene wordt betekend, dan doet die betekening die termijn wel lopen voor degene aan wie de betekening gebeurd is, maar niet voor belanghebbende derden (3).

De regel terzake is dat de termijn voor derden maar ingaat op het ogenblik dat zij feitelijk kennis hebben gekregen van de bestreden bestuursmaatregel (4).

(1) Vragen en antwoorden, Kamer 1972-1973, n° 47, p. 2347.

(2) MAST A., Overzicht van het Belgisch administratief recht, Gent, Story Scientia, 5e uitgave, p. 438 en 439.

(3) FALYS Jacques, La recevabilité des recours en annulation des actes administratifs, Brussel, Bruylant, 1975, p. 352 e.v.

(4) Vooral frequent inzake bouwvergunningen. Zie bv. Raad van State, 18 mei 1971, n° 14741; Raad van State, 10 november 1970, n° 14342.

Dat daardoor de rechtsonzekerheid over bestuurshandelingen lange tijd kan blijven bestaan, is uitermate storend voor de beneficiaris van de beslissing en voor het bestuur.

Die regel moet nochtans goedgekeurd worden. De billijkheid zou er niet mee gediend zijn moest de termijn voor het indienen van een verzoekschrift bij de Raad van State lopen vanaf de betekening van een maatregel, ook tegen hen die onwetend zijn van het bestaan ervan. In dit geval moeten de rechtszekerheid en het belang van de beneficiaris en het bestuur daarvoor wijken. Bovendien zou het te betreuren zijn aan de fictie "iedereen wordt geacht de wet te kennen" wanneer deze gepubliceerd is, ook nog daaraan toe te voegen de fictie dat iedereen geacht wordt iedere bestuursmaatregel te kennen vanaf zijn betekening.

Dit belet natuurlijk niet dat de omstandigheden zo kunnen zijn dat de verzoeker geacht kan worden kennis te hebben gekregen van de maatregel op een datum waarop de gevolgen van de maatregel merkbaar zijn, bv. wanneer de kandidaat die benoemd geweest is zijn ambt heeft opgenomen (1).

Als regel vereist de Raad van State de vermoedens "gewichtig, bepaald en met elkaar overeenstemmend" zijn (2).

§ 4. DE ADMINISTRATIEVE PRAKTIJK INZAKE OPENBAARHEID

160.- Zonder dat het in de bedoeling lag een wetenschappelijk verantwoorde enquête te houden, werd aan de secretarissen-generaal van de ministeries, en aan een aantal overheidsorganen enige vragen gesteld aangaande de administratieve praktijk inzake openbaarheid.

De vragen, aangepast aan de eigen kenmerken van de aangeschreven diensten, hadden betrekking op de openbaarheid van de beslissingscriteria (waarbij vooral beoogd werd eventuele pseudo-wetgeving), de openbaarheid van aanvragen uitgaande van particulieren en de op die aanvragen gewezen beslissingen, op de mate waarin aanvragers hun standpunt tijdens het besluit-

(1) Raad van State, 25 mei 1972, n° 15319.

Zie ook: Raad van State, 28 januari 1970, n° 13925.

(2) Raad van State, 24 maart 1972, n° 15228.

vormingsproces konden verdedigen, en tenslotte op de mogelijkheden om tegen de beslissingen verhaal in te dienen.

Niet alle aangeschrevenen hebben geantwoord. Hierna volgt een korte analyse van de ingezonden antwoorden.

1. Het bestuur van de openbare veiligheid

161.- Dit bestuur ressorteert onder het ministerie van Justitie en komt tussenbeide bij maatregelen die t.o.v. vreemdelingen kunnen genomen worden.

De criteria die het Bestuur volgt wanneer een maatregel aan de Minister van Justitie wordt voorgesteld, zijn uitsluitend in de toepasselijke wetgeving te vinden (Wet van 28 maart 1952, zoals gewijzigd op 31 mei 1961, 30 april 1964 en 1 april 1969).

Het komt wel enigzins bevreemdend voor dat het Bestuur geen nadere criteria zou hebben opgesteld in die gevallen waar de wettelijke grondslag van de maatregel vaag is, zoals "aanwezigheid die gevaarlijk of schadelijk wordt geacht voor de openbare orde, de veiligheid of de economie van het land". Weliswaar wordt "de economie van het land" als motief sedert lang niet meer ingeroepen voor terugwijzing van vreemdelingen (een voorbeeld van "soepele wetstoepassing"), maar de overige gronden tot terugwijzing, die ook gelden voor verblijfsaanwijzing, verblijfsontzegging van bepaalde plaatsen en uitzetting blijven van kracht.

Tegen voorgenomen en genomen maatregelen kan de betrokkene zijn argumenten bij de minister doen gelden, eventueel door bemiddeling van zijn raadsman. Dit impliceert dat hij op de hoogte gebracht wordt dat een maatregel tegen hem overwogen wordt. Een vreemdeling zou dus niet ineens geconfronteerd worden met een maatregel, zonder dat hij wist dat die overwogen werd.

Uiteraard kan tegen de maatregel opgekomen worden bij de Raad van State (1). Ook gebeurt het herhaaldelijk dat vreemdelingen tegen terugwijzing of

(1) De Raad weigert uitzettingsbesluiten e.d. als "actes de gouvernement" te beschouwen, en acht zich bevoegd om van verzoeken tot nietigverklaring kennis te nemen : n° 1707-1711, 4 juli 1952.

uitlevering een verzoekschrift indienen bij de Europese Commissie van de Rechten van de Mens op grond van artikel 3 van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, dat folteringen of onmenselijke en vernederende behandelingen verbiedt (1). Dit verzoek is doeltreffender dan een verhaal bij de Raad van State, in dit opzicht dat het feitelijk de tenuitvoerlegging van de maatregel schorst (2).

2. Centrale Dienst voor Contingenten en Vergunningen

162.- Deze dienst, die behoort tot het ministerie van economische zaken, heeft tot taak de voorschriften in verband met de in-, uit- en doorvoer van goederen uit te voeren en toe te passen. Vooraleer de vergunningen toe te kennen, kan de Dienst concrete maatregelen nemen om na te gaan of de reglementeringen wel worden nageleefd (voorlegging van facturen, certificaten, verbintenissen, staalneming, controle der minima-prijzen).

Er zijn zowel nationale (Interministeriële Economische Commissie, Ministerieel Comité voor economische en sociale coördinatie), als internationale richtlijnen (Belgische-Luxemburgse Economische Unie, Benelux, E.E.G.).

De aanvragers hebben niet het recht het dossier in te zien dat naar aanleiding van hun aanvraag samengesteld wordt. Eventueel kunnen zij, wanneer hen bijkomende inlichtingen gevraagd worden die gelegenheid te baat nemen om hun belangen te verdedigen.

-
- (1) Uitmijding of terugwijziging is gewoonlijk niet op zichzelf vernederend of onmenselijk in de zin van artikel 3, maar kan het worden wanneer de uitmijnde of terugwijzende instanties weten of kunnen weten dat de uitgewezen of teruggedreven persoon in het land waarin hij terecht zal komen aan vernederende of onmenselijke behandelingen kan worden blootgesteld (bv. een politieke vluchteling).
zie : Bondsrepubliek Duitsland, n° 4162/69, *Recueil*, n° 32, p. 87;
X tegen Oostenrijk, n° 4487/70, *Recueil*, n° 38, p. 80.
 - (2) Zodra een verzoekschrift tegen een uitwijzings- of terugdrijvingsmaatregel bij de Commissie van de Rechten van de Mens ingediend wordt, neemt deze contact op met de bevoegde diensten van het betrokken land om te vragen de tenuitvoerlegging van de maatregel te schorsen totdat de Commissie zich over de ontvankelijkheid van het verzoekschrift heeft uitgesproken. Gewoonlijk wordt aan dit verzoek gevolg gegeven.

Derden hebben a fortiori geen inzagerecht. Niet alleen de dossiers zelf zijn voor hen gesloten, zij mogen evenmin weten hoeveel vergunningen uitgereikt werden en aan wie.

Tegen ongunstige beslissingen is beroep mogelijk bij het Hoofd van de Dienst, bij de minister, en uiteindelijk bij de Raad van State.

Er is heel wat jurisprudentie over uitvoer- en invoervergunningen.

In een eerste arrest van 23 juni 1951, L.A.D.E.G.E., oordeelde de Raad van State dat op grond van de besluiten van de Regent van 15 december 1944 en van 29 juni 1931, de Centrale dienst voor contingenten en vergunningen terecht de uitvoering van een produkt geweigerd heeft, wanneer dat produkt van twijfelachtige kwaliteit is en de uitvoer ervan 's lands belangen in het buitenland zou benadelen (1).

Bij arrest van 6 mei 1955 vernietigde de Raad van State een beslissing van de Minister van Economische Zaken waarbij het overschot van een contingent in te voeren tarwe onder de invoerders verdeeld werd in strijd met de criteria van artikel 2,1° van het besluit van de Regent van 6 maart 1950, bekrachtigd door de wet van 15 juli 1952 (2).

Datzelfde jaar, op 7 oktober 1955, moest het de administratie duidelijk gemaakt dat geen wettelijke bepaling een uitvoer kan verbieden om de intellectuele en artistieke belangen van het land te beschermen (3).

Het systeem ingesteld bij de wet van 30 juni 1931, gewijzigd bij de wet van 30 juli 1934, en door de uitvoeringsbesluiten, staat niet toe dat een globale exportvergunning aan een officiële organisme wordt toevertrouwd, dat dan voor de verdere verdeling zal zorgen (4).

Bij invoer van geneesmiddelen moet niet alleen een attest worden afgeleverd dat het produkt inderdaad de op de verpakking aangegeven bestanddelen bevat, het spreekt vanzelf dat dit attest moet steunen op de voorafgaande ontledingen (5).

(1) Raad van State, 23 juni 1951, n° 960.

(2) Raad van State, 6 mei 1955, n° 4257.

(3) Raad van State, 7 oktober 1955, n° 4590.

(4) Raad van State, 3 mei 1956.

(5) Raad van State, 21 september 1962, n° 9583; ook andere voorwaarden kunnen aan de invoerder opgelegd worden, zoals behoorlijk uitgeruste lokalen (Raad van State, 18 april 1958, n° 6223).

De beslissingen van de centrale dienst voor contingenten en vergunningen zijn niet te beschouwen als beslissingen in betwiste zaken (1).

In een recente zaak werd door een vennootschap een beroep gedaan op het gelijkheidsbeginsel om de vernietiging te bekomen van een beslissing waarbij haar een aandeel in een invoercontingent van kleurstoffen uit de Oostbloklanden werd geweigerd.

De Raad van State antwoordde dat de wet van 11 september 1962 die terzake van toepassing was, er zich niet tegen verzette dat een invoervergunning geweigerd werd omdat de verzoekende vennootschap eerder haar uitvoerverplichtingen niet nagekomen was (2).

De rechtbank van eerste aanleg van Brussel kende, bij vonnis van 14 juli 1954, een schadevergoeding toe ten laste van de Staat wegens miskenning van de regels voor het verdelen van invoercontingenten (3).

Het Hof van Beroep van Brussel beval op 11 september 1962 de terugbetaling van betwiste invoerrechten, die de invoerende vennootschap betaald had nadat de Centrale dienst voor contingenten en vergunningen gedreigd had de invoervergunning te schorsen als de vennootschap de betwiste rechten niet betaalde. Voor het Hof kwam dit neer op het uitoefenen van geweld, waardoor de toestemming om te betalen aangetast werd (4).

(1) Impliciet: Raad van State, 8 juni 1962, n° 9446.

(2) Raad van State, 14 december 1973, n° 16164.

(3) Rechtbank van eerste aanleg van Brussel, 14 juli 1954, *Rev. adm.* 1955, 239.

(4) Hof van Beroep van Brussel, 11 september 1962, *J.T.*, 1962, 548, met advies van Baron van den Branden de Reeth; met noot van Chapel in *R.J.D.A.*, 1962, 295 en Buch in *Rev. adm.*, 1963, 105.

3. *Regie der posterijen*

163.- De regie houdt zich in beginsel strikt aan de postreglementering zoals die te vinden is in het koninklijk en ministerieel besluit van 12 januari 1970, die achteraf werden aangevuld en gewijzigd.

Het gebeurt nochtans dat bepaalde teksten moeten geïnterpreteerd worden (wat is een tijdschrift ? enz.), zonder dat het duidelijk is of er voldoende betwistingen zijn geweest om formele of minder formele beslissingscriteria uit te werken.

4. *Nationale Maatschappij voor Krediet aan de Nijverheid en Nationale Investeringsmaatschappij*

164.- Bij deze maatschappijen is er voor de aanvragers van leningen en andere diensten een ruime mogelijkheid om hun standpunt uiteen te zetten, en eventueel in samenspraak wijzigingen te doen of andere voorstellen te maken. De beleids- en beslissingscriteria zijn terug te vinden in jaarverslagen en andere dokumenten. Tegenover derden geldt principieel het beroepsgeheim. Gezien het doel en de eigen aard van deze ondernemingen, is een en ander nogal vanzelfsprekend, maar daarom niet minder verdienstelijk.

5. *Commissie voor het ijken en waarborgen van edele metalen*

165.- Deze commissie, die samengesteld is uit ambtenaren en uit vertegenwoordigers van de belanghebbenden (beroepsorganisaties, affineerders, fabrikanten, groot- en kleinhandelaars), dient van advies over alle vraagstukken die rechtstreeks of onrechtstreeks betrekking hebben op het ijken en waarborgen van edele metalen.

De notulen van de vergaderingen noch de uitgebrachte adviezen worden aan derden medegedeeld.

6. *Belgisch Instituut voor Normalisatie*

166.- In dit instituut zijn alle belangengroepen ruim vertegenwoordigd.

Wordt in een technische commissie binnen het Instituut overeenstemming bereikt over een bepaalde norm, dan wordt bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad en in de vaktijdschriften dat men gedurende drie maanden op de voorgestelde norm kritiek kan uitbrengen. Daarna kan de norm door de Koning bekrachtigd worden, waardoor hij een officieel karakter krijgt. De norm is dan nog niet bindend, maar het gebruik daarvan kan in inschrijvingen op overheidsbestedingen opgelegd worden. De dossiers die naar aanleiding van de vaststelling van een norm samengesteld werden, bevatten doorgaans geen vertrouwelijke stukken, en kunnen op aanvraag medegedeeld worden.

7. *Ministerie van Volksgezondheid en het Gezin*

167.- Dienstnota's en andere interne stukken kunnen desgevallend vrijgegeven worden door wetenschappelijke studie die de daarin bevatte gegevens in veralgemeende vorm weergeven.

Beslissingen genomen op aanvragen van particulieren worden niet aan derden medegedeeld.

Het ministerie verzorgt een aantal informatieve en technische publicaties.

8. *De Nationale Delcrederedienst*

168.- De kredietverzekering die door de Dienst wordt verstrekt is afhankelijk van zeer verscheiden factoren, die vooral betrekking hebben op de (buitenlandse) debiteur.

De aanvragers van een kredietverzekering kennen alleen dat deel van het dossier dat zij zelf aangebracht hebben. Inlichtingen, commentaar en voorstellen die van de direktie uitgaan zijn hen onbekend. Dit wordt verantwoord doordat die inlichtingen afkomstig zijn van vertrouwelijke ambassaderapporten, of van verslagen van gespecialiseerde agentschappen die op een vertrouwelijke basis werken.

De beslissingen van de beheerraad van de Dienst hoeven niet gemotiveerd te worden tegenover de aanvrager.

Derden kunnen geen inzage krijgen in de dossiers.

9. *De Belgische Dienst voor Bedrijfsleven en Landbouw*

169.- Het koninklijk besluit van 10 november 1967 dat de BDBL opricht, omschrijft zijn opdracht als volgt :

"De Dienst wordt, op verzoek en volgens de richtlijnen van de Minister van Economische Zaken of van de Minister van Landbouw, elkeen binnen de perken van zijn bevoegdheid, belast met de uitvoering :

1° in de sector landbouwprodukten : van de verrichtingen en opdrachten vereist voor de toepassing van de verordeningen, aanbevelingen en richtlijnen der Europese Economische Gemeenschap, inzonderheid van diegene welke voor de marktordening noodzakelijk zijn en van de verrichtingen welke tot de werkzaamheden van het Landbouwfonds behoren ;

2° in de andere bedrijfssectoren : van de verrichtingen welke noodzakelijk geacht worden voor 's lands bevoorrading, de ravitaillering van de bevolking, de voorraadopslag, de aankoop, de verwerking en de afzet van stoffen, produkten, eetwaren en goederen, de stabilisatie der markten en, meer in het algemeen, van elke andere opdracht voortvloeiende uit het economische beleid der Regering.

De Dienst kan bovendien belast worden met :

1° opdrachten voortvloeiende uit het wetenschappelijk beleid der regering ;

2° de betaling of de invordering van toelagen, kredieten, vergoedingen of rechten waarvan het beginsel bij de wet of bij reglementen is vastgelegd en met de uitvoering van elke controle, toezicht- en boekhoudingsopdracht noodzakelijk voor de betalingen of de invorderingen;

3° de onderhandelingen met buitenlandse overheden inzake oorlogsschadevergoeding, restitutie van goederen, tekenmunten en uitbetalingen der schadeloosstellingen inbegrepen ; waakt hierover en zorgt voor de teruggave ervan aan de rechthebbenden en ontvangt van hen de betalingen welke zij onder de bij de wet of de reglementen vastgestelde voorwaarden zouden te verrichten hebben."

Voor de vervulling van zijn taak richt de Dienst zich naar de normen uitgevaardigd door de E.E.G., desgevallend aangevuld door koninklijke of ministeriële besluiten.

De beslissingen van de Dienst worden tegenover de belanghebbenden verantwoord, maar niet is gebleken dat er informatie of inspraak gegeven wordt voor het nemen van de beslissing.

Tegen de beslissingen die als daden van koophandel aangemerkt worden, kunnen de belanghebbenden opkomen bij de handelsrechtbank ; de andere beslissingen van de Dienst (toekennen of weigeren van premies, toelagen enz.) zijn vatbaar voor beroep bij de voogdij-ministers, en verder bij de Raad van State.

Derden hebben geen recht op inzage in de dossiers.

10. *De Filmcommissie*

170.- De Filmcommissie dient de minister van economische zaken van advies over het al dan niet toekennen van subsidies aan Belgische films (koninklijk

besluit van 23 oktober 1963, gewijzigd bij het besluit van 12 mei 1972).

De commissie is samengesteld uit twaalf leden : zes personen die de openbare besturen vertegenwoordigen, vier uit de filmsector en twee personen gekozen wegens hun technische en artistieke bevoegdheid.

Uit artikel 8 van het huishoudelijk reglement blijkt dat een ongunstig advies schriftelijk aan de producent wordt medegedeeld. Dit impliceert blijkbaar dat hij daarvoor geen gelegenheid heeft om zijn standpunt te verdedigen en eventuele bezwaren en opmerkingen te weerleggen. Wel kan de producent ingeval van ongunstig advies, de film omwerken en opnieuw aan de commissie voorstellen.

De documenten en notulen van de commissie zijn strikt vertrouwelijk. Het is de vaste en plaatsvervangende leden verboden er de inhoud, zelfs gedeeltelijk, van te verspreiden of de inlichtingen waarover zij door de uitoefening van hun mandaat zouden beschikken, bekend te maken.

(art. 9 van het huishoudelijk reglement)

11. *Ministerie van Openbare werken*

171.- Omzendbrieven en instructies zijn vertrouwelijk van aard en niet bestemd voor derden.

Inlichtingen van vertrouwelijke aard mogen evenmin medegedeeld worden zonder voorafgaand akkoord van de minister.

Omsendbrieven die particulieren kunnen interesseren worden gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad, de Bestuursmemorialen, of te koop aangeboden op het kantoor voor inzage en verkoop van bestekken en andere documenten betreffende de openbare aanbestedingen.

Het ministerie heeft een aantal informatieve brochures uitgegeven.

Beslissingen genomen t.o.v. particulieren worden alleen aan deze laatsten medegedeeld en niet aan derden.

12. *Ministerie van Tewerkstelling en Arbeid*

172.- De toestand is praktisch dezelfde als op het ministerie van openbare werken.

13. *Ministerie van Justitie*

173.- Ook hier geldt dezelfde regeling als in de twee voorgaande ministeries.

14. *Ministerie van Economische Zaken*

174.- Hetzelfde onderscheid tussen externe dokumenten (die voor het publiek bestemd zijn) en interne dokumenten (die vertrouwelijk zijn en niet ingezien kunnen worden) geldt ook op dit ministerie.

Budgetaire moeilijkheden hebben de opheffing veroorzaakt van een voorlichtingspolitiek, die erin bestond het publiek zoveel mogelijk op de hoogte te brengen van de administratieve beslissingen zonder vertrouwelijke gegevens bekend te maken.

Verleende toelatingen en afwijkingen worden nooit aan het publiek medegedeeld, op grond van het beroepsgeheim.

Men verzet zich niet tegen een ruimere openbaarheid, ook van individuele dossiers, op voorwaarde dat dit zorgvuldig overdracht en geregeld wordt.

In afwachting van initiatieven in die richting blijft het principe van de geheimhouding zijn volle kracht behouden.

15. *Ministerie van Financiën*

175.- Dit ministerie gaf verreweg het meest uitgebreide en volledige antwoord. Per sektor is de toestand de volgende :

- Centrale administratie van de BTW, registratie en domeinen.

a) BTW

De dienst verzorgt zelf een commentaar op de BTW-wetgeving.

Instructies ten behoeve van het personeel alleen opgesteld zijn "uiteraad" niet ter beschikking van het publiek.

Omwille van het fiscaal geheim is er geen recht van inzage in de afgeleverde vergunningen en genomen beslissingen.

b) Registratie

De administratie publiceert zelf een commentaar bij de wetboeken der registratie, hypotheek-, griffie-, successie- en zegelrechten. Administratieve en gerechtelijke beslissingen worden in het driemaandelijks "Verzameling R Y" en het jaarlijkse "Repertorium RY" opgenomen.

Andere documentatie is in principe niet toegankelijk voor het publiek.

Sommige wetteksten schrijven voor bepaalde inlichtingen aan particulieren te verstrekken :

- 1) artikel 127 van de hypotheekwet ;
- 2) artikel 21 van de wet van 15 april 1884 op de landbouwleningen
- 3) artikel 45 van het wetboek van koophandel, titel II
- 4) artikel 236 van het wetboek der registratie-, hypotheek- en griffierechten
- 5) de artikelen 143 tot en met 146 van het wetboek der successierechten
- 6) artikel 1 van de wet van 16 mei 1900 tot wijziging van het erfstelsel voor de kleine nalatenschappen
- 7) de artikelen 9 en 19 van de gecoördineerde wetten van 30 januari 1954 betreffende de herstelling van oorlogsschade aan private goederen
- 8) artikel 2 § 2b van het koninklijk besluit van 20 april 1959 houdende uitvoering van de wet van 8 maart 1954 tot bevordering van de bouw, de aankoop en de verbouwing van middelgrote woningen.
- 9) artikel 32 van het koninklijk besluit van 27 mei 1960 houdende algemene verordening betreffende de rust- en overlevingspensioenregeling voor zelfstandigen ;
- 10) de artikelen 44, § 5, en 63 ; 57, § 4, 1ste alinea, en 74, § 3, en 70bis van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw ;
- 11) de artikelen 212 tot 214 van het koninklijk besluit van 20 december 1963 betreffende de arbeidsvoorziening en de werkloosheid ;
- 12) artikel 10, § 2, c, van het koninklijk besluit van 29 april 1965 waarbij de voorwaarden worden bepaald om een vermindering van rente te verlenen aan de pensioengerechtigde invaliden die voor het bouwen of het aankopen van een bescheiden woning, een lening bij het Nationaal Werk voor Oorlogsinvaliden aangaan (wet van 30 juni 1951) ;
- 13) artikel 23 van het koninklijk besluit nr 38 van 27 juli 1967 houdende inrichting van het Sociaal Statuut der zelfstandigen ;
- 14) artikel 2, § 2, van het koninklijk besluit van 10 augustus 1967 betreffende het verlenen van de Staatswaarborg voor goede afloop op de terugbetaling van hypothecaire leningen die toegestaan worden voor het aankopen of voor het bouwen van volkswoningen, kleine landeigendommen of daarmee gelijkgestelde woningen ;
- 15) artikel 20 van het koninklijk besluit van 10 augustus 1967 houdende vaststelling van de voorwaarden gesteld tot het verlenen van premies voor het bouwen, door het privaat initiatief, van volkswoningen en kleine landeigendommen ;
- 16) artikel 23 van het koninklijk besluit van 10 augustus 1967 houdende vaststelling van de voorwaarden gesteld tot het verlenen van aanmoedigingspremies voor het aankopen van woningen die gebouwd worden of zullen gebouwd worden voor rekening ;
 - a) van de Nationale Maatschappij voor de huisvesting of van de door haar erkende vennootschappen ;
 - b) van de Nationale Landmaatschappij of van de door haar erkende vennootschappen ;
 - c) van gemeenten, intercommunale verenigingen of van commissies van openbare onderstand ;
- 17) artikel 17 van het koninklijk besluit van 10 augustus 1967 houdende maatregelen waarbij de sanering van verbeterbare ongezonde woningen wordt aangemoedigd ;

- 18) artikel 6, van het koninklijk besluit van 10 augustus 1967 betreffende het verlenen van toelagen tot het slopen van ongezonde woningen ;
- 19) artikel 130 van het koninklijk besluit van 22 december 1967 houdende algemeen reglement betreffende het rust- en overlevingspensioen der zelfstandigen, genomen ter uitvoering van het koninklijk besluit nr. 72 van 10 november 1967 ;
- 20) artikel 17 van het koninklijk besluit van 29 april 1969 houdende algemeen reglement betreffende het gewaarborgd inkomen voor bejaarden (wet van 1 april 1969).
- 21) koninklijk besluit van 10 december 1970, houdende de huisvestingscode, bevestigd bij de wet van 2 juli 1970
- 22) artikel 23, § 1, 2°, b, van het koninklijk besluit van 21 december 1971 houdende uitvoering van sommige bepalingen van de arbeidsongevallenwet van 10 april 1971.

- Dienst van de Thesaurie

De dienst verzorgt een zestiental publicaties en verslagen.

Individuele beslissingen worden genomen in verband met aanvragen om vergunning, machtiging of erkenning ingediend in het raam van de wetten die de activiteiten van bepaalde categorieën van financiële tussenpersonen regelen (wisselagenten, kredietinstellingen voor verrichtingen met staatswaarborg, privé-spaarkassen, machtiging tot openbare uitgifte en notering van vreemde effecten).

Deze beslissingen kunnen niet ingezien worden. Bepaalde criteria van algemene aard, die bij die beslissingen gevolgd worden kunnen eventueel medegedeeld worden.

- Bestuur van de Begroting en van de Controle op de uitgaven

Dit bestuur legt de basis voor de beslissingen van de regering en van de ministers zowel voor de voorbereiding als voor de uitvoering van de begrotingen.

Alle bescheiden zonder uitzondering zijn vertrouwelijk.

- Hoofdbestuur der directe belastingen

De administratieve richtlijnen en onderrichtingen worden opgenomen in het maandelijks verschijnende "Bulletin der Belastingen", daarnaast zijn er nog andere publicaties.

Dokumenten m.b.t. de belastingtoestand van individuele belastingplichtigen, beslissingen en beschikkingen dienaangaande zijn vertrouwelijk.

- Administratie der pensioenen

Alleen de formulieren nodig voor de samenstelling van de dossiers worden aan de aanvragers overhandigd ; andere dokumenten (dienstnota's richtlijnen) zijn alleen voor intern gebruik bestemd.

Er is een codificatie uitgewerkt : "Recueil van de wettelijke, en reglementaire bepalingen inzake burgerlijke, kerkelijke, militaire en koloniale pensioenen", die gekocht kan worden.

Alle beslissingen aangaande pensioenen en renten zijn strikt vertrouwelijk.

- Openbaar Krediet

Principieel is er geen enkel dossier, instructie, richtlijn, enz. dat betrokkenen of derden mogen inzien, vanwege de vertrouwelijke aard daarvan.

De beslissingscriteria zijn voor mededeling vatbaar, daar ze vooral van economische en financiële (dus feitelijke) aard zijn, onder voorbehoud van tijdelijke aanvullende normen die de Regering kan uitvaardigen en die vertrouwelijk zijn.

De controle op de openbare financiële instellingen vindt zijn grondslag in terzake geldende wetten en reglementen, maar aangevuld met belangrijke ongeschreven normen, zoals het algemeen belang en het belang van de Staat, die nu eens eng dan weer ruim geïnterpreteerd worden.

- Hoofdbestuur van het Kadaster

Men kan tegen vergoeding schriftelijk of mondeling om kadastrale inlichtingen vragen. Men mag evenwel de kadastrale bescheiden niet rechtstreeks inzien noch er zelf afschrift van nemen.

De kadastrale dokumentatie in verband met de vaststelling van de kadastrale inkomens is geheim, evenals de circulaires, dienstnotas, richtlijnen en instructies.

Het Hoofdbestuur verzorgt enige informatieve publicaties.

Wat betreft de fiskale opdracht van het kadaster zijn er strikte wettelijke normen, zodat er geen of weinig "interne rechtspraak" is. Ingeval van betwisting geeft het Kadaster aan de betrokkene een gemotiveerde beslissing. Derden kunnen alleen om mededeling van het resultaat vragen, maar niet naar de motieven of criteria.

Inlichtingen van cartografische, technische en administratieve gegevens betreffende de bodem worden meegedeeld wanneer zulks in het "algemeen belang" is. De dienst motiveert afwijzende beslissingen.

- Administratie der Douanen en Accijnzen

In principe zijn de circulaire, omzendbrieven e.d. openbaar, behalve wanneer zij van vertrouwelijke aard zijn of uitsluitend het personeel aanbelangen. Evenmin is er een formeel verbod om afschrift te nemen van die stukken voor zover dat althans verenigbaar is met de goede gang der werkzaamheden.

Documenten die gegevens over particulieren bevatten zijn vertrouwelijk ; dit geldt dus voor de stukken die particulieren aan de douaneadministratie moeten meedelen. Deze geheimhoudingsplicht geldt ook voor beslissingen die particulieren aanbelangen.

§ 5. BEKNOPT OVERZICHT VAN DE SITUATIE IN ENIGE ANDERE LANDEN

1. Zweden (1)

176.- Zweden is ongetwijfeld het land waar openheid en openbaarheid van bestuur het verste doorgedreven is. Het beginsel van de openbaarheid is daar overigens - evenals in Finland - van oudsher verworven. Het gaat terug tot de "Tryckfrinetsförordning" van 2 december 1766 (2).

-
- (1) Vanwege de onbekendheid van schrijver dezes met de Zweedse taal werd gesteund voornamelijk, op KIRCHHEINER H.H., *Ombudsman en democratie*, Alphen a/d Rijn, Samson, 1971.
 - (2) K. HOLMGREN verklaart het ontstaan van de openbaarheidsregel als volgt : in de achttiende eeuw kende Zweden al een tamelijk geperfectionneerd parlementair systeem, waar twee partijen elkaar de macht betwistten. Toen nu een van deze partijen na jarenlange oppositie aan het bewind kwam nadat de andere partij getracht had zoveel mogelijk de parlementaire controle op de regering en administratie te verhinderen, wenste zij de herhaling van dergelijke praktijken te voorkomen. Daaraan zou de openbaarheidsregel zijn ontstaan te danken hebben. (*Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1968, p. 1021 en 1022).

De openbaarheid strekt zich in beginsel uit tot alle overheidsdocumenten, en iedereen - ook buitenlanders - kunnen zich op dat recht beroepen.

Openbare documenten zijn alle bij de staats-, provinciale of gemeentelijk autoriteiten in bewaring zijnde documenten, of deze nu daar zijn binnengekomen dan wel daar zijn opgesteld : kaarten, tekeningen en foto's worden er tevens toe gerekend (1).

Om een daadwerkelijke openbaarheid te waarborgen, moeten alle binnenkomende en uitgaande stukken in een dagboek ingeschreven worden, dat uiteraard zelf ook openbaar is.

Documenten die de overheid zelf opstelt zijn pas openbaar wanneer het overheidsbesluit waarmee zij in verband staan, zijn definitieve vorm heeft gekregen.

De uitzonderingen op het openbaarheidsbeginsel zijn limitatief opgesomd in de "Sekretesslag" van 28 mei 1937, sedertdien herhaaldelijk gewijzigd.

Die uitzonderingen gelden :

- belangen m.b.t. de veiligheid van de staat en de buitenlandse betrekkingen ;
- belangen ter voorkoming en bestrijding van de misdaad ;
- belangen van de overheid in haar toezichthoudende taak ;
- economische belangen van rijk, gemeenten en particulieren ;
- belangen die liggen in de privésfeer van de mens, persoonlijke veiligheid, eerbaarheid en zedelijkheid (2).

In geval van betwisting over de interpretatie van deze uitzonderingen tussen de administratie en de aanvrager van een document, beslist uiteindelijk de "Regeringsrätt", het hoogste administratieve rechtscollege (3).

2. De Verenigde Staten van Amerika

- 177.- Het tweede land waar de openbaarheid van overheidsdocumenten zijn neerslag in een wettekst gevonden heeft zijn de Verenigde Staten. De "Freedom of Information act" (FIA) kwam in 1966 tot stand (4), en werd enigzins

(1) "Tryckfrihets förordning", hoofdstuk II, § 2, lid 1, zoals geciteerd door KIRCHHEINER, *op. cit.*, p. 113.

(2) KIRCHHEINER, *op. cit.*, p. 116-117.

(3) KIRCHHEINER, *op. cit.*, p. 118, voetnoot n° 57.
HOLMGREN, K., *art. cit.*, p. 1027.

(4) Public Law 89-487 (1966) : 80 Stat. 250.

gewijzigd ingelast in de "Administrative Procedure act " (APA) in 1967 (1). Ook de oorspronkelijke versie van de APA sanctioneerde het recht op informatie (2), maar was zo vaag geformuleerd dat het meer als een wet tot geheimhouding dan wel tot openbaarheid werd beschouwd (3).

De "Freedom of Information Act" maakte daaraan een drastisch einde :

178.- § 552 *Public information ; agency rules, opinions, orders, records, and proceedings* (§ 3 as amended by Pub. L. 89-487 (1966) and Pub. L. 90-23 (1967)).

(a) Each agency shall make available to the public information as follows :

(1) Each agency shall separately state and currently publish in the Federal Register for the guidance of the public.

(A) descriptions of its central and field organisation and the established places at which, the employees (and in the case of a uniformed service, the members) from whom, and the methods whereby, the public may obtain information, make submittals or requests, or obtain decisions ;

(B) statements of the general course and method by which its functions are channeled and determined, including the nature and requirements of all formal and informal procedures available ;

(C) rules of procedures, descriptions of forms available or the places at which forms may be obtained, and instructions as to the scope and contents of all papers, reports, or examinations ;

(D) substantive rules of general applicability adopted as authorized by law, and statements of general policy or interpretations of general applicability formulated and adopted by the agency ; and

(E) each amendment, revision, or repeal of the foregoing.

Except to the extent that a person has actual and timely notice of the term thereof, a person may not in any manner be required to resort to, or be adversely affected by, a matter required to be published in the Federal Register and not so published. For the purpose of this paragraph, matter reasonably available to the class of persons affected thereby is deemed published in the Federal Register when incorporated by reference therein with the approval of the Director of the Federal Register.

(2) Each agency, in accordance with published rules, shall make available for public inspection and copying -

(A) final opinions, including concurring and dissenting opinions, as well as orders, made in the adjudication of cases ;

(B) those statements of policy and interpretations which have been adopted by the agency and are not published in the Federal Register ; and

(C) administrative staff manuals and instructions to staff that affect a member of the public ;

(1) Publ. Law 90-23 (1967), 81 Stat. 54.

(2) 60 Stat. 237 (1946); 5 USC § 552.

(3) EPA v. Mink, 93 S. Ct. 827 (1973), p. 832.

unless the materials are promptly published and copies offered for sale. To the extent required to prevent a clearly unwarranted invasion of personal privacy, an agency may delete identifying details when it makes available or publishes an opinion, statement of policy, interpretation, or staff manual or instruction. However, in each case the justification for the deletion shall be explained fully in writing. Each agency also shall maintain and make available for public inspection and copying a current index providing identifying information for the public as to any matter issued, adopted, or promulgated after July 4, 1967, and required by this paragraph to be made available of published. A final order, opinion, statement of policy, interpretation, or staff manual or instruction that affects a member of the public may be relied on, used, or cited as precedent by an agency against a party other than an agency only if -

- (i) it has been indexed and either made available or published as provided by this paragraph ; or
- (ii) the party has actual and timely notice of the terms thereof.

(3) Except with respect to the records made available under paragraphs (1) and (2) of this subsection, each agency, on request for identifiable records made in accordance with published rules stating the time, place, fees to the extent authorized by statute, and procedure to be followed, shall make the records promptly available to any person. On complaint, the district court of the United States in the district in which the complainant resides, or has his principal place of business, or in which the agency records are situated, has jurisdiction to enjoin the agency from withholding agency records and to order the production of any agency records improperly withheld from the complainant. In such a case the court shall determine the matter de novo and the burden is on the agency to sustain its action. In the event of noncompliance with the order of the court, the district court may punish for contempt the responsible employee, and in the case of a uniformed service, the responsible member. Except as to causes the court considers of greater importance, proceedings before the district court, as authorized by this paragraph, take precedence on the docket over all other causes and shall be assigned for hearing and trial at the earliest practicable date and expedited in every way.

(4) Each agency having more than one member shall maintain and make available for public inspection a record of the final votes of each member in every agency proceeding.

179.- De uitzonderingen op het openbaarheidsbeginsel zijn limitatief opgesomd :

- (b) This section does not apply to matters that are :
 - (1) specifically required by Executive order to be kept secret in the interest of the national defense or foreign policy ;
 - (2) related solely to the internal personnel rules and practices of an agency ;
 - (3) specifically exempted from disclosure by statute ;
 - (4) trade secrets and commercial or financial information obtained from a person and privileged or confidential ;
 - (5) inter-agency or intra-agency memorandums or letters which would not be available by law to a party other than an agency in litigation with the agency ;
 - (6) personnel and medical files and similar files the disclosure of which would constitute a clearly unwarranted invasion of personal privacy ;
 - (7) investigatory files compiled for law enforcement purposes except to the extent available by law to a party other than an agency ;

- (8) contained in or related to examination, operating, or condition reports prepared by, on behalf of, or for the use of an agency responsible for the regulation or supervision of financial institutions, or
- (9) geological and geophysical information and data, including maps, concerning wells.

180.- De expliciete bewoordingen van de FoIA beletten niet dat de administratie allerlei voorwendsels en uitvluchten zoekt om de wet niet te moeten toepassen. Schuck in een publiek debat georganiseerd door de "Center for study of responsive law" van Ralph Nader, somt een aantal van die vertragings- en ontwijkingsmanoeuvres op : het verstrekken van de informatie in een praktisch onbruikbare samenvatting, de informatie met grote vertraging afleveren (gemiddeld 30 dagen, en bij hiërarchisch beroep 55 dagen), het extensief interpreteren van de uitzonderingen wat tot een dure gerechtelijke procedure kan nopen (1).

Davis gaat nog verder en beweert dat sommige overheidsorganen, zoals de Federal Trade Commission en de U.S. Parole Board botweg weigeren informatie te geven (2).

Procederen moge duur zijn in de Verenigde Staten, het is alleszins een winstpunt dat de uiteindelijke interpretatie van de FoIA bij de rechtbanken ligt, en niet bij de administratie zelf (3), al wordt er ook geklaagd dat het onderzoek van de betwiste informatie door de rechter alleen in raadkamer, moeilijk te rijmen valt met de fundamentele regel van het Angelsaksische procesrecht dat de procedure op tegenspraak gevoerd wordt. Onderzoek in raadkamer brengt mee dat de partijen hun standpunt niet kunnen uiteenzetten (4).

De bevoegdheid van de rechtbanken gaat vrij ver ; paragraaf (a)(3) van § 552 bepaalt dat de rechter de zaak "de novo" onderzoekt - te verge-

(1) Volume III (Appendix), to the hearings before the subcommittee on intergovernmental relations of the committee on government operations, and the subcommittees on separation of powers and administrative practice and procedure of the committee on the judiciary, United States Senate, first session of the ninety third congress, Washington, U.S. Government Printing Office, 1973, p. 367.

(2) DAVIS, *op. cit.*, p. 70 en 127, 112.

(3) FoIA, section (a)(3)

(4) HEARINGS, *op. cit.*, p. 379-380.

lijken met het beroep in volle omvang bij de Raad van State - en dat de bewijslast dat de documenten vrijgesteld zijn van openbaarheid op de overheid rust.

- 181.- De draagwijdte van deze onderzoeksmacht werd nochtans ernstig beperkt door de Supreme Court in "Environmental Protection Agency v. Mink et al.," van 22 januari 1973 (1).

Patsy Mink, lid van het House of Representatives en 32 van haar collegas verzochten president Nixon om mededeling van rapporten en aanbevelingen uitgaande van verschillende diensten, m.b.t. de wenselijkheid van het houden van ondergrondse kernontploffingen. Dit werd geweigerd. In de daaropvolgende vordering voor de District Court van het Columbia-district voerde de EPA aan dat alle dokumenten als "inter-agency or intra-agency memoranda and reports" niet medegedeeld moesten worden (de uitzondering van § 552 (b)(5)), en bovendien als "geheim" of "top geheim" waren geklasseerd op grond van Executive Order n° 10501, en dus op grond van § 552 (b)(1) geheimgehouden mochten worden. De District Court wees de vordering af.

De Court of Appeals was het daar niet mee eens, en oordeelde dat alleen de geheime delen van de geklasseerde dokumenten niet openbaar gemaakt moesten worden, en verwees de zaak terug naar de District Court om in raadkamer ieder van de dokumenten te toetsen aan de uitzonderingen van § 552 (b)(1) en (5).

Tegen deze uitspraak ging de EPA in beroep bij de Supreme Court.

Een meerderheid van vijf van de acht rechters die aan de zaak deelnamen (2) gaf als haar oordeel te kennen dat het "de novo" onderzoek alleen maar betrekking had op het al of niet bestaan van een "geheim" of "top geheim" klassifikatie op grond van Executive Order n° 10501. Eens dat

(1) 93 S. Ct. 832, (1973).

(2) Justice Rehnquist zetelde niet in die zaak. Op te merken valt dat de drie rechters die door president Nixon benoemd werden, tot de meerderheid behoorden die de "judicial review" inzake de FoIA in enge perken sloot. In deze zaak komt justice Douglas - de rechter die tot nu toe het langst lid van de Supreme Court was - eens te meer naar voren als de laatste en extreemste der "liberalen" uit de Earl Warren periode.

dat vaststond, waren de geklasseerde dokumenten niet aan de openbaardheidsplicht onderhevig. De dokumenten die niet geklasseerd waren, maar die naar de EPA beweerde, onder de uitzondering van § 552 (b)(5) vielen, moesten, in geval van betwisting niet noodzakelijk door de rechter in raadkamer onderzocht worden. De overheid mocht trachten te bewijzen dat de dokumenten onder de uitzondering vielen door andere middelen, zoals verklaringen onder ede. Het stond dan aan de rechter om de waarde van de middelen te appreciëren en zo nodig toch in raadkamer de dokumenten te onderzoeken.

Konden Brennan en Marshall het met deze modaliteiten eens zijn, zij waren van mening dat het "de novo" onderzoek ook omvatte die dokumenten die op grond van het Executive Order als geheim geklasseerd waren. Als argument wees Brennan naar § 3 b) en c) van het Executive Order, dat bepaalde dat materieel aan elkaar verbonden dokumenten, en dokumenten die uit te onderscheiden gedeelten bestonden, voor het geheel in die categorie ondergebracht moesten worden waartoe het meest geheime deel of document behoorde. Welnu, zegt Brennan, er kan niet betwist worden dat al deze dokumenten voor het geheel vallen onder de uitzondering van § 552 (b)(1), en dat wordt ook door de EPA toegegeven. Hij trekt daaruit de conclusie dat ook voor de dokumenten die op grond van de Executive Order als geheim of top-geheim geklasseerd zijn, de rechterlijke macht de uiteindelijke bevoegdheid heeft om na te gaan of ze werkelijk geheim zijn (1).

Douglas, in zijn dissenting opinion, meent dat de rechtbanken niet alleen die bevoegdheid hebben, hij stelt ook dat de Court of Appeals terecht bevel gaf aan de eerste rechter om de dokumenten in camera te onderzoeken (2).

De beslissing van het Supreme Court in de Mink-zaak betekent ongetwijfeld een gevoelige beperking van rechterlijke controle op het recht op informatie, en daardoor van het recht op informatie zelf.

(1) 93 S.Ct., 841.

(2) 93 S.Ct., 845-847.

182.- Daar het aantal rechterlijke uitspraken in verband met de FoIA eerder schaars is (1), is het moeilijk om daaraan het succes van de hervorming af te meten. Men kan er zowel uit afleiden, zoals Nader doet, dat de administratie aan de informatiezoekende zoveel hinderpalen in de weg legt dat deze ontmoedigd is vooraleer hij aan de gerechtelijke procedure toe is, maar ook, dat de informatie gegeven wordt zonder dat het nodig is om een beroep op de rechter te doen : "There is, however, another answer posed by governmental agencies themselves, that the FoI Act has sufficiently opened up governmental files so that actual use of the Act is unnecessary" (2).

Het is alleszins een feit dat de lijst van geweigerde informatie en van slechte wil getuigende verdragings- en tegenwerkingstechnieken die Nader opsomt, indrukwekkend is (3).

183.- Rosenblum citeert nog als typisch geval de moeilijkheden die Getman en Goldberg ondervonden met de National Labour Relations Board (4). Deze wilden, als professoren in het arbeidsrecht, een studie maken over de weerslag van manoeuvres van werkgevers op het stemgedrag van de werknemers bij de verkiezing van de vakbond die hen zou vertegenwoordigen. Daarom vroegen zij aan de NRLB de lijsten met namen en adressen van kiesgerechtigde werknemers. Dit werd geweigerd, en daarop richtten Getman and Goldberg zich tot de District Court van het District of Columbia, dat hen in het gelijk stelde. Op beroep van de NRLB bevestigde de Court of Appeals de eerste uitspraak, en voegde daarbij de voor de NRLB beschamende commentaar dat "the Board's position suffers from the obvious self-justifying tendency of an institution which in over 30 years has itself never engaged in the kind of much needed systematic empirical effort to determine the dynamics of an election campaign of the type of conduct which actually has a coercive impact" (5).

(1) RALPH NADER e.a. A status report on the responsiveness of some federal agencies to the people's right to know about their government, afgedrukt in de *Hearings ... op. cit.*, p. 482. In de eerste twintig maanden van de toepassing van de wet (juli 1967- april 1969) waren er maar een veertigtal vonnissen bekend.

(2) Freedom of Information Center Report n° 303, in *Hearings ... op. cit.*, p. 488.

(3) NADER e.a. "A Status report ..." *op. cit.*, p. 483 en 484 - Freedom of Information Center Report n° 303, *op. cit.*, p. 491-492.

(4) ROSENBLUM, V., Comments on Davis, in *Law and Contemporary Problems*, Duke University School of Law, Vol. 37 (1972), p. 59.

(5) 450 F. 2 d. 670, p. 675.

184.- Ondanks de sombere geluiden die Nader en andere "lastige" personen en groepen laten horen, ondanks ook de terughoudendheid van de rechtbanken en de Supreme Court in het bijzonder, is de FoIA toch een belangrijke stap geweest op weg naar de openbaarheid van het bestuur in de Verenigde Staten. Mettertijd zal de administratie wel gewend raken aan de fundamentele koersverandering die de FoIA ingeleid heeft. Een teken aan de wand is Executive Order n° 11652 (1) dat de oude Executive Order n° 10501 op 1 juni 1972 vervangen heeft, en dat bepaalt dat de documenten waar mogelijk gesplitst moeten worden in geheime en niet-geheime delen, wel een duidelijke afwijking van het vroegere systeem, waar de aanwezigheid van een "geheim" deel, de geheimhouding van het hele document of groep document ten gevolge had (2).

c) Nederland

185.- In de inleiding tot dit hoofdstuk werd reeds gewezen op de parallelle situatie op het vlak van de openbaarheidsregeling in België en Nederland, en bleek dat daaraan in Nederland én door de rechtsleer, en wat belangrijker is, door de regering, meer aandacht werd besteed dan in België.

(1) 37 Federal Register, 5209.

(2) Voor een meer optimistisch beeld zie Pierre-François DIVIER, *Etats-Unis. L'administration transparente: l'accès des citoyens américains aux documents officiels*, in: *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1975, p. 59-108.

Deze uitstekende studie geeft inlichtingen die bij verschillende bestuursorganen en bij andere instanties werden verzameld.

Het beeld dat van de situatie gegeven wordt is echter te rooskleurig. Verbazend is dat bijvoorbeeld de Minkzaak niet geciteerd wordt.

Naast het reeds geciteerde preadvies van Burkens en Kocken (1), en de bundel opstellen "Hoe openbaar wordt ons bestuur?" (2) is er het belangwekkend recent proefschrift van Klinkers, "Openbaarheid van bestuur" (3).

In de nota inzake het grondwetsherzieningsbeleid van 4 juni 1974 is er sprake van de openbaarheid van het bestuur tot grondwettelijke regel te verheffen (4), en tevens werkt ment aan een "wet openbaarheid van bestuur" (5).

186.- Evenmin als in België is openbaarheid de algemene norm, - anders zou er geen noodzaak zijn de grondwet in die zin te wijzigen of een daartoe

(1) *Bestuurswetenschappen*, 1969, p. 181-237.

(2) 's Gravenhage, Uitgeverij VUGA, z.d.

(3) 's Gravenhage, Uitgeverij VUGA, 1974.

(4) Nota inzake het grondwetsherzieningsbeleid, zitting 1973-1974, n° 12944.

(5) Deze wet verkeert echter nog in het stadium van de ambtelijke voorbereiding.

streckende wet uit te vaardigen -, maar bij geen enkele auteur wordt de stelling verdedigd dat geheimhouding de regel is, en ook is er geen wet of grondwettekst die dat stelt. "Het geldende staatsrecht kent zowel de rechtsnorm van geheimhouding als de rechtsnorm van de openbaarheid", zegt van Maarseveen, en deze genuanceerde houding is zeker de juiste (1).

Toch heeft er de schijn van dat waar wet of reglement geen openbaarheid voorschrijven, in feite geheimhouding de regel is, althans de overheid niet tot openbaarheid gedwongen kan worden.

In een van de Televisier-arresten heeft de Hoge Raad met zoveel woorden de stelling verworpen dat de overheid (in casu rekende Televisier daartoe de omroep-organisaties, die aan Televisier bepaalde informatie onthielden) de verplichting heeft haar bekende informatie vrij te geven. Televisier steunde zijn eis zowel op artikel 7 van de Nederlandse Grondwet, dat de drukpersvrijheid waarborgt, als op artikel 10 van de Europees verdrag ter bescherming van de rechten van de mens, dat het recht op vrije meningsuiting waarborgt.

Daarop antwoordde de Hoge Raad

"dat evenwel een zodanige verplichting niet uit artikel 10 van het Verdrag kan worden afgeleid en evenmin grondslag vindt in de Grondwet of enige andere rechtsregel ; dat het dan ook, behoudens in hier niet van toepassing zijnde uitzonderingsgevallen, aan ieder vrijstaat om hetgeen hem bekend is al dan niet aan anderen door te geven ; dat dit geldt zowel voor overheidslichamen als voor andere rechtspersonen en natuurlijke personen, zodat het niet terzake doet, of en in hoever de omroeporganisaties een publiekrechtelijke inslag hebben" (2).

Daaruit volgt niet dat het bestuur, dus de ambtenaren op de eerste plaats, naar eigen goeddunken het beleid, voor zover zij ermee te maken hebben, al dan niet openbaar mogen maken. Zoals in de inleiding werd gezegd, bestaat ook in Nederland de ambtelijke plicht tot discretie. Het naar zijn redactie minder streng geformuleerde artikel 59 van het Algemeen Rijksambtenarenreglement is evenwel voldoende vaag om de voorzichtige ambtenaar tot volkomen geheimhouding te brengen.

(1) VAN MAARSEVEEN, in *Hoe openbaar wordt ons bestuur ?*, op. cit., p. 4.

(2) Hoge Raad, 25 juni 1965, *N.J.*, 1966, nr. 115.

Dit leidt ertoe dat de uiteindelijke beslissing tot openbaarheid berust bij de organen die aan de hiërarchische top staan, d.w.z. politieke verantwoordelijkheid dragen.

- 187.- Verheugend is dan ook de positieve houding die de regering Den Uyl m.b.t. de openbaarheid in het bestuur inneemt.

"Met de staatscommissie (Eindrapport blz. 177-180) is de regering van oordeel, dat openbaarheid van bestuur te beschouwen is als een onmisbaar middel om de burger inzicht te geven in het overheidsbeleid. Openbaarheid van bestuur strekt ertoe, dat hij door het verkrijgen van meer inzicht zich een beter gefundeerd oordeel kan vormen over dit beleid en de daarvoor verantwoordelijke bestuurders. Aldus bevordert openbaarheid van bestuur de politieke participatie van de burger, die een wezenlijk bestanddeel vormt van de democratie.

Openbaarheid van bestuur vergroot ook de mogelijkheid tot het inroepen van rechterlijk optreden tegenover onrechtmatig overheidshandelen.

Voorts stelt de openbaarheid van bestuur de vertegenwoordigende lichamen in staat hun controlerende en medewetgevende taak optimaal te vervullen.

Naar het gevoelen van de regering vloeit openbaarheid van bestuur zozeer voort uit het wezen van de democratie en van de rechtsstaat, dat in de Grondwet als fundamentele wet voor de Nederlandse staatsorde een algemene bepaling inzake de openbaarheid van bestuur dient te worden opgenomen" (1).

- 188.- De praktische uitvoering van het openbaarheidsbeginsel zal nog wel op moeilijkheden stuiten.

Niet alleen principiële tegenstanders zoals van der Flier, maar ook andere auteurs die de openbaarheid meer genegen zijn, zoals Burkens en Kocken en Duynstee (2) betwijfelen de mogelijkheid of de wenselijkheid een algemene openbaarheidsregel te formuleren.

(1) Nota grondwetsherzieningsbeleid, p. 13.

(2) DUYNSTEE, Openbaarheid van de werkzaamheden der kamers, in : *Hoe openbaar wordt ons bestuur ?*, p. 49 ; Burkens en Kocken, *preadvies*, p. 199 ; Van der Flier, Openbaarheid van overheidsdocumenten ? *De Nederlandse Gemeente*, 1969, p. 85.

van Maarseveen (1), Kan (2), Steenbeek (3), Belinfante (4), en nog meer uitgesproken voorstanders van het openbaarheidsbeginsel als Stempels (5), De Mey (6), Klinkers (7), Van Wijnbergen (8) en Crince Le Roy (9), menen dat de bezwaren en uitzonderingen die de openbaarheidsregel ongetwijfeld zullen belasten, de totstandkoming van die regel niet mogen verhinderen.

Alleszins is de beweging naar de openbaarheid in Nederland onomkeerbaar geworden, en het wachten is nu op de praktische uitwerking daarvan.

6. *Conclusies*

1. *Het openbaarheidsbeginsel en de grondwet*

189.- Het hoeft nauwelijks betoog dat de Belgische Grondwet geen bepaling bevat die uitdrukkelijk of stilzwijgend de openbaarheid van bestuur als regel stelt.

Noch artikel 14, dat de vrijheid van meningsuiting waarborgt, noch artikel 18, dat de vrijheid van drukpers garandeert, kunnen zo geïnterpreteerd worden dat de burger er een algemeen recht op informatie aan ontleent.

-
- (1) Openbaarheid als staatsrechtelijk beginsel, in *Hoe openbaar wordt ons bestuur ?*, p. 11-13 ; Openbaarheid van de besluitvorming in de Ministerraad, *op. cit.*, p. 91.
 - (2) Openbaarheid van de rapporten van de vaste colleges van advies en bijstand aan de regering, in : *Hoe openbaar wordt ons bestuur ?* p. 107-108.
 - (3) Openbaarheid van adviezen en rapporten van ambtenaren, in : *Hoe openbaar wordt ons bestuur ?*, p. 179-180.
 - (4) Openbaarheid in de planning, in : *Hoe openbaar wordt ons bestuur ?*, p. 196-197.
 - (5) Openbaarheid en pers, in : *Hoe openbaar wordt ons bestuur ?*, p. 214.
 - (6) Het recht op informatie van de burger, in : *Hoe openbaar wordt ons bestuur ?*, p. 240.
 - (7) *op. cit.*, p. 167-168.
 - (8) *Openbaarheid van overheidsdocumenten*. Diësprede 1968, Alphen a/d Rijn, Samsom N.V., 1968, p. 18.
 - (9) *De vierde macht*, VUGA 1969 p.

Alleen de artikelen 33 en 129 -krachtens artikel 59 bis § 1, lid 2, en § 5, lid 2, ook van toepassing op de Cultuurraden, en 108, 4° en 5° schrijven openbaarheidsregels voor.

De vergaderingen van de Kamers zijn openbaar en de wetten, besluiten of verordeningen van algemeen provinciaal of gemeentelijk bestuur zijn alleen maar verbindend na te zijn bekendgemaakt in de bij de wet bepaalde vorm. Bij wet hoort de openbaarheid van de provinciale en gemeentelijke begrotingen en rekeningen gewaarborgd te worden, evenals de openbaarheid van de vergaderingen van provincie en gemeenteraden, binnen de bij de wet gestelde grenzen.

- 190.- Men kan deze opsomming als limitatief beschouwen, uitgaande van de idee dat de "machten" geen andere perken hebben dan deze door de grondwet gesteld ; dan rust op het bestuur en de overheid in het algemeen geen meerdere plicht tot openbaarheid dan de grondwet, dan wel wetten of reglementen voorschrijven.

Deze opvatting komt onder meer tot uiting in de reglementen van de Kamers en kultuurraden, die geen openbaarheid van de commissievergaderingen dulden, en in artikel 63 van de wet op de ruimtelijke ordening, dat bepaalt wie recht heeft op welke informatie. Maar meer nog dan uit het bestaan van teksten die openbaarheid uitsluiten of beperken, volgt die interpretatie dat er geen algemene openbaarheidsregel is uit de afwezigheid van teksten terzake. Als vanzelfsprekend stelt de overheid die afwezigheid gelijk met de afwezigheid van enige verplichting tot openbaarheid.

- 191.- De andere houding bestaat erin de grondwettelijke teksten m.b.t. de openbaarheid te interpreteren als minimaregels, als emanatie van een algemeen beginsel dat openbaarheid de regel is. In die gedachtenstroming kan de overheid tegenover de burger geen andere rechten doen gelden dan die de grondwet of de wet haar uitdrukkelijk toekennen, ook wat betreft haar eigen organisatie en werking. Terecht stoelt de regering Den Uyl het openbaarheidsbeginsel op de democratie en de rechtsstaat zelf (1). Men zou er kunnen aan toevoegen dat de openbaarheid ook steunt op de moeilijk te betwisten grondslag dat het bestuur er is voor de burgers, en niet omgekeerd.

(1) Regeringsnota, p. 13.

192.- De restrictieve opvatting van de plicht tot openbaarheid heeft het ongetwijfeld gehaald. Typerend is de uitspraak die voorkomt in de *Pandectes belges*, m.b.t. de gemeenteraadsvergaderingen : "En réalité, c'est le principe du huis clos, substitué au principe de la publicité des séances" (1). Als dit geldt voor vergaderingen van de gemeenteraad, waarvan artikel 108, 4° van de grondwet uitdrukkelijk de openbaarheid voorschrijft, hoeveel temeer geldt dit dan niet voor andere gevallen. Weliswaar kan de gemeentewet aan de openbaarheid van de vergaderingen grenzen stellen, maar de wet bevat geen algemene regel die ofwel openbaarheid ofwel beslotenheid voorschrijft. Dat dit stilzwijgen, ondanks de aanwezigheid van artikel 108, 5° van de Grondwet, als het opleggen van de beslotenheid als algemene regel geïnterpreteerd wordt, is een veeg teken (2).

193.- Klinkers heeft aangetoond dat het openbaarheidsbeginsel in de sfeer van de grondrechten gesitueerd moet worden (3), en besluit dat het openbaarheidsbeginsel dan ook uitdrukkelijk in de Grondwet dient opgenomen te worden (4). Blijkbaar is de Nederlandse regering dezelfde opvatting toegedaan.

In België lijkt Klinker's voorstel nauwelijks haalbaar. Niet alleen is er de stoeve grondwetswijzigingprocedure, er is - na de recente aanpassing van de grondwet in regionale zin - zeker ook een afkeer bij het parlement om de lange weg van een grondwetswijziging opnieuw te gaan. Daarbij komt nog dat een grondwettelijke bekrachtiging van het openbaarheidsbeginsel niet zo veel zou oplossen ; in ieder geval zou in de grondwet alleen het principe gesteld kunnen worden, en zal de uitvoering van dat principe aan de wetgever en de uitvoerende macht toekomen. En over de conformiteit van de wet met de grondwet oordeelt alleen de wet-

(1) *Pandectes belges*, V° Conseil communal, n° 245.

(2) Zie ook de koninklijke besluiten van 12 januari 1840 en 25 maart 1843 (*Rev. adm.*, 1855, p. 403), dat de gemeenteraadsbesluiten vernietigen die op voorhand, en bij wijze van reglement, vaststellen dat de raadsvergaderingen openbaar zullen zijn telkens de wet het toestaat. De beslissing de vergaderingen in het openbaar te houden moest voor elke vergadering opnieuw genomen worden.

(3) KLINKERS; *op. cit.*, p. 32-42.

(4) KLINKERS, *op. cit.*, p. 43-44.

gever zelf ; het staat hem dus vrij het openbaarheidsbeginsel naar eigen goeddunken te regelen.

194.- Maar naar Belgisch positief recht is de grote weg langs grondwet en wet om zelfs niet noodzakelijk om het openbaarheidsbeginsel in de praktijk om te zetten. Aan de artikelen 66 en 67 van de grondwet ontleent de Koning de bevoegdheid om de organisatie en werking van de staatsadministratie te regelen. Niets belet dat hij de werking van het bestuur zo regelt dat de openbaarheid aan haar trekken komt. Weliswaar zou een dergelijke maatregel niet gelden voor provincies en gemeenten, maar - zonder hun belang te willen onderschatten - zij zijn quantitatief minder omvangrijk dan de staat, en ze zouden zich moeilijk aan navolging van het van hogerhand gegeven voorbeeld kunnen onttrekken.

Niets belet dus dat de Koning op eigen gezag de openbaarheid in het staatsbestuur zou invoeren, tenzij daar waar de wet specifieke openbaarheids- of geheimhoudingsregels voorschrijft.

Daarom kan de mening van de Suray, die een uitbreiding van de openbaarheid van art. 63 wet R.O. voorstaat, maar stelt dat daarvoor een wetswijziging nodig is, niet bijgetreden worden. De stelling dat een door de Koning eigenmachtig ingevoerd verruiming van de stedenbouwkundige attesten onwettelijk zou zijn, is van iedere grond ontbloom (1).

2. Het openbaarheidsbeginsel in de rechtspraak

195.- In de rechtspraak van het Hof van Cassatie komt het vraagstuk van de openbaarheid alleen aan bod in verband met de toepassing van artikel 129 van de grondwet.

Professor Vranckx heeft gewezen op de beperkte draagwijdte die het Hof aan de publicatieverplichting toekent. Het is een formaliteit die nu eenmaal verplicht is om wetten, reglementen en besluiten aan de burgers tegenstelbaar te maken. Het is helemaal niet vereist dat de burger effectief kennis heeft van de wettelijke verplichtingen die op hem rusten. Nadat de specifieke termijnen na de publicatie verstreken zijn, wordt hij onweerlegbaar vermoed deze verplichtingen te kennen. "Iedereen wordt

(1) Zijn voorstel tot wijziging van art. 63 R.O. is dan ook overbodig.
Zie voetnoot p. N°.

geacht de wet te kennen". Professor Vranckx interpreteert dit adagium zo dat eenieder de mogelijkheid moet hebben om de wet te kennen. Hij betreurt de feitelijke ondoeltreffendheid van de publiciteit, maar moet noodgedwongen met deze situatie vrede nemen (1).

Wat deze oplossing echter nog onbillijker maakt is de vaak voorkomende tegenstrijdigheid of onduidelijkheid van wettelijke regelingen. In wetten en reglementen wordt dikwijls volstaan met de bepaling dat alle vorige strijdige regelingen opgeheven worden, maar men duidt die vorige regelingen niet steeds nominatim aan. Dit brengt mee dat de burger maar op eigen houtje moet uitmaken of en in hoeverre bepalingen strijdig met elkaar zijn. Vergist hij zich, dan kan dit leiden tot strafrechtelijke, burgerrechtelijke en administratiefrechtelijke sancties.

- 196.- Wat meer specifiek de publiciteit voorgeschreven voor koninklijke en ministeriële besluiten betreft is er een recent artikel van professor Van Bunnan (2). Hij citeert een aantal arresten van het Hof van Cassatie die een onderscheid maken tussen de verbindende kracht van koninklijke en ministeriële besluiten, en hun uitvoerbare kracht (3).

Zodra een besluit op regelmatige wijze tot stand is gekomen, heeft het een wettelijk bestaan en kan het uitgevoerd worden, ook al kan het de burger niet verbinden.

Dit heeft tot gevolg dat wanneer de overheid in een besluit verplichtingen op zich neemt, zij tot naleving daarvan gedwongen kan worden door de beneficiarissen van die verplichtingen, ook al is het besluit niet gepubliceerd en dus aan de burgers niet tegenstelbaar. De uitvoering van die verplichtingen mag derden echter niet schaden.

(1) VRANCKX, A., Iedereen wordt geacht de wet te kennen, *R.W.*, 1955-1956, kol. 1217 e.v.

(2) De la publicité à donner aux arrêtés royaux et ministériels, *RJDA*, 1971, p. 249-263.

(3) Hof van Cassatie, 20 oktober 1958, *Pas.*, 1959, I, 172.

Zoals Masquelin het uitdrukt :

"Dès l'instant où la puissance publique édicte une règle qui la lie elle-même en vertu de sa propre volonté et dès l'instant où cette volonté de se lier est née, l'obligation elle-même est née et la publication n'est-à cet égard, nécessaire que pour faire connaître cette volonté à ceux qu'elle intéresse, mais non pour faire naître l'obligation. Dans le chef de l'individu, au contraire, l'obligation que la volonté de la puissance publique lui impose ne naît que par la connaissance qui est censée lui en être donnée par la publication" (1).

Van Bunnens is het daarmee eens (2).

197.- De beperkte draagwijdte van het voor de overheid bindend karakter van niet gepubliceerde besluiten blijkt uit het reeds geciteerde arrest van het Hof van Cassatie van 30 oktober 1961 (3). Beweerd werd dat het garnizoensreglement goedgekeurd bij koninklijk besluit van 5 september 1929 het jachtrecht op het militair domein onttrokken had aan de toepassing van de jachtwet van 28 februari 1882. Het Hof wees dit middel af om reden dat het besluit niet gepubliceerd en dus niet verbindend was, ook niet voor de overheid. Van Bunnens keurt deze oplossing goed (4). Nochtans zou men kunnen stellen dat dit besluit voor de eisers in cassatie een gunstiger regeling invoerde dan de jachtwet, - aanvaarding van het middel zou tot cassatie en waarschijnlijk tot vrijspraak van het tenlastegelegde jachtmisdrijf leiden -, en dat dus in zoverre het Hof de uitvoerbare kracht van het besluit had moeten erkennen of minstens moeten onderzoeken.

Opgemerkt moet worden dat alleen de besluiten die belang hebben voor de meerderheid der burgers in extenso gepubliceerd moeten worden in het Belgisch Staatsblad (5). In het jachtarrest was het Hof van Cassatie de mening toegedaan dat het koninklijk besluit tot goedkeuring van het garnizoenreglement de meerderheid der burgers aanbelangde

(1) MASQUELIN, M.J. Noot onder Hof van Beroep Brussel, 1 juli 1952, *J.T.*, 1953, p. 39.

(2) *Art. cit.*, p. 255.

(3) *Pas.*, 1962, I, 236.

(5) Art. 56, vierde lid van het koninklijk besluit van 18 juli 1966 houdende coördinatie van de wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken.

(4) *Art. cit.*, p. 256.

en derhalve integraal in het Staatsblad gepubliceerd had moeten worden.

- 198.- Traditioneel heeft de rechterlijke macht zich bevoegd geacht om de betekenis van de woorden "die belang hebben voor de meerderheid der burgers" (in het Frans : "qui intéressent la généralité des citoyens") na te gaan. Soms omvat de term "meerderheid der burgers" alle inwoners van het koninkrijk, zoals in het arrest van het Hof van Cassatie van 27 april 1874 (1), dan weer is het voldoende dat het besluit een bepaalde categorie van personen aanbelangt, zoals blijkt uit een arrest van het Hof van 13 februari 1950 (2).

Voor Masquelin moet een besluit integraal gepubliceerd worden wanneer het in zijn toepassing niet beperkt blijft tot een bepaald of bepaalbaar aantal personen of gevallen, maar bedoeld is van toepassing te zijn op alle personen of gevallen die zich in de voorwaarden bevinden die voor de toepassing vereist zijn (3). De definitie van Vander Stichele sluit hierbij aan (4), en ook Van Bunnan is het ermee eens (5).

Dit criterium moet als volgt verduidelijkt worden dat de personen en gevallen die onder het besluit vallen, bepaald of bepaalbaar moeten zijn op het ogenblik dat het besluit van kracht wordt. Anders kan het gebeuren dat een besluit verbindend is voor personen die op het ogenblik dat het besluit van kracht werd, niet onder de toepassing van dat besluit vielen, maar wel op een later ogenblik.

- 199.- In de rechtspraak van de Raad van State speelt de publiciteit een grotere rol.

Er is allereerst de regel van artikel 4 van het regentsbesluit van 23 augustus 1948, dat bepaalt dat beroepen tot nietigverklaring ingediend moeten worden binnen de zestig dagen nadat de bestreden akten of regle-

- (1) *Pas.*, 1874, I, 195 : "Considérant que par arrêté d'intérêt général, il faut entendre selon les termes formels de l'article 4 (van de wet van 28 februari 1845), ceux qui intéressent la généralité des citoyens, c'est à dire tous les habitants du royaume".
- (2) *Pas.*, 1950, I, 412, m.b.t. het koninklijk besluit houdende goedkeuring van het statuut van het militair hulppersoneel.
- (3) *Art. cit.*, p. 40.
- (4) VANDER STICHELE A., Het gebruik der talen inzake verordeningen. *T B P*, 1964, p. 159.
- (5) VAN BUNNEN, *art. cit.*, p. 258.

menten werden bekendgemaakt of betekend, dan wel, indien geen bekendmaking noch betekening diende te gebeuren, binnen de zestig dagen nadat de verzoeker van de akte of het reglement kennis heeft gehad.

Ondanks de duidelijke tekst van artikel 4 is het niet altijd zo dat de datum van betekening of bekendmaking de termijn van zestig dagen doet ingaan. In een arrest van 12 maart 1971 besliste de Raad impliciet dat de termijn voor het indienen van een verzoekschrift om vernietiging aan te vragen van een besluit dat een plan vanaanleg goedkeurt niet ingaat op de dag van de bekendmaking bij uittreksel in het Belgisch Staatsblad, maar wel op de dag dat het goedgekeurd plan op het gemeentehuis van de betrokken gemeente ter inzage van de bevolking ligt, ook al geschiedt die tervisielegging na de publicatie in het Staatsblad (1).

Wanneer geen wijze van bekendmaking of betekening voorzien is, is het aan de verweerder om te bewijzen dat de verzoeker meer dan zestig dagen voor het indienen van het verzoekschrift kennis had van de bestreden handeling. De Raad zal alleen dan het bewijs geleverd achten wanneer een geheel van gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens voorhanden is dat verzoeker meer dan zestig dagen voor het indienen van het verzoekschrift feitelijk kennis droeg van de bestreden handeling (2).

Op deze wijze wordt op indirecte wijze een openbaarheidsplicht ingevoerd. Zo oordeelde de Raad onder meer dat een besluit dat een einde stelt aan het dienstverband tussen de administratie en het personeelslid, wegens zijn aard zelf integraal moet betekend worden (3), en dat de aanplakking van een dienstorder ter kennisgeving van benoemingen aan het personeel, niet voldoende is om de termijn van zestig dagen te doen lopen ten opzichte van een syndicale organisatie (4).

200.- Is de Raad van State dus een strenge opvatting toegedaan wat betreft de publiciteit als ontvankelijkheidsvoorwaarde, ook wat betreft het vermoeden

(1) Raad van State, 12 maart 1971, n° 14601.

(2) Raad van State, 24 maart 1972, n° 15228.
zie ook : Raad van State, 13 juni 1969, n° 13626.

(3) Raad van State, 10 november 1970, n° 14342.
Raad van State 24 maart 1972, n° 15248.

(4) Raad van State, 26 mei 1972, n° 15324.

"iedereen wordt geacht de wet te kennen" is de Raad vooruitstrevender dan het Hof van Cassatie. De voorzitter van een gemeentekiesbureau had aan de leden van een lijst verkeerde inlichtingen verschaft over de verkiesbare leeftijd. Daardoor kwam er op die lijst maar een kandidaat voor, daar de tweede persoon die op de lijst had moeten voorkomen, ten onrechte meende niet oud genoeg te zijn om verkozen te kunnen worden en zich had teruggetrokken. Die ene kandidaat haalde echter genoeg stemmen om twee kandidaten te doen verkiezen, en toen men achteraf bemerkte dat de tweede kandidaat toch oud genoeg was, werd tegen de verkiezing bezwaar ingediend. De bestendige deputatie valideerde de verkiezingen.

Voor de Raad van State voerde de tegenpartij aan dat iedereen geacht wordt de wet te kennen, zodat de verkeerde inlichtingen die de voorzitter van het kiesbureau gegeven had, niet beletten dat verzoekers zelf had moeten weten welke de minimum leeftijd was om verkozen te worden, temeer daar een van de verzoekers burgemeester van de gemeente was geweest.

De Raad was echter van mening dat de voorzitter van het kiesbureau de verzoekers in dwaling gebracht had, en dat was voldoende om, niettegenstaande het principe dat iedereen geacht wordt de wet te kennen, de verkiezingen te vernietigen (1).

201.- Tenslotte evenmin als in Nederland ziet de Raad van State in het openbaarheidsbeginsel een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Voor zover de openbaarheid in de rechtspraak van de Raad behandeld wordt, maakt het evenals in Nederland, deel uit van het zorgvuldigheidsbeginsel. In tegenstelling evenwel tot Nederland, waar de rechtspraak schaars en indirekt is (2), zijn er in België wel een aantal uitspraken die van belang zijn.

(1) Raad van State, 12februari 1959, n° 6857.

(2) KLINKERS, *op. cit.*, p. 28-30.

Naar aanleiding van een geschil dat gerezen was tussen een lid van de minderheid in een gemeenteraad en de meerderheid over informatie die verstrekt moest worden over kandidaten voor een bevordering waarover de raad te beslissen had, stelde de Raad van State in algemene bewoordingen dat "de bevoegde overheid, wil zij op regelmatige wijze een beslissing nemen, volledig moet ingelicht zijn over de belangrijke gegevens welke die beslissing kunnen beïnvloeden". Uit het geheel van het arrest blijkt duidelijk dat de Raad hierin een vereiste van zorgvuldigheid ziet (1). Hetzelfde geldt wanneer de gemeenteraad zich moet uitspreken over een ontwerp-plan van aanleg. Geeft het ontwerp de bestaande toestand niet volledig aan, dan kan de gemeenteraad zich niet met kennis van zaken uitspreken (2). Dit arrest is ook nog daarom belangrijk, dat niet alleen beslist werd dat de voorlichting van de gemeenteraad onvoldoende was, maar ook dat daardoor de inzageprocedure zelf, die zich tot het publiek richt, aangetast was door een in hoge mate ontoereikende voorlichting.

In een ander arrest van dezelfde datum als het voorgaande beslist de Raad dat geen wet of verordening verhindert dat een nieuwe oproep tot gegadigden voor een gemeentebetrekking wordt gedaan, wanneer na een eerste oproep geen benoeming gebeurd is dan wel dese benoeming vernietigd is (3).

202.- Belangrijker dan deze arresten zijn de twee volgende omdat de Raad daardoor aan de overheid een verplichting tot publiciteit oplegt, langs het zorgvuldigheidsbeginsel om, in het voordeel van gewone burgers of ambtenaren.

In de eerste zaak, van 24 maart 1972, besliste de Raad dat de overheid die een examen inricht, alles moet doen wat van haar afhangt opdat de kandidaten de oproeping tot het examen tijdig zou ontvangen (4), en in

(1) Raad van State, 7 december 1970, n° 14404.

(2) Raad van State, 8 juni 1972, n° 15.343.
Raad van State, 26 november 1970, n° 14.375.

(3) Raad van State, 8 juni 1972, n° 15.340.

(4) Raad van State, 24 maart 1972, n° 15.239.

de tweede zaak, van 26 maart 1974, werd gezegd dat een bericht dat weliswaar de vacature van een bepaald ambt vermeldt, maar dat doet op een wijze die het niet mogelijk maakt met zekerheid de benoemingsvoorwaarden te kennen, geacht moet worden op een essentieel punt een zodanig gebrek te vertonen dat het met betrekking tot het bedoelde ambt, de aanstellingsprocedure onregelmatig maakt en de vernietiging van de aanstelling rechtvaardigt (1). De Raad noteerde ook dat de bekendmaking van vacante betrekkingen niet alleen dient om ten bate van de overheid goede kandidaten de weg naar het bestuur te wijzen, maar ook om gegadigden voor die betrekkingen een gelijke kans op benoeming te geven.

Deze arresten zijn niet alleen te beschouwen als een bekrachtiging van een zekere plicht tot openbaarheid; zij beogen ook de overheid te verplichten met kennis van zaken te handelen, wat professor Flamme noemt "*le caractère effectif de la procédure administrative*" (2).

203.- Toch kan men zeker niet stellen dat de Raad van State geneigd is openbaarheid te beschouwen als een beginsel van behoorlijk bestuur, en kunnen voorgaande arresten hoogstens als het begin van een tendens in die richting gezien worden.

Zo besliste de Raad bijvoorbeeld dat geen bepaling de overheid verplicht bij het beslissen over een bouwaanvraag derde belanghebbende te horen, of er hen kennis van te geven (3), dat het besluit tot benoeming van een veldbrigadier aan de teleurgestelde kandidaten niet ter kennis gebracht moet worden (4); dat de overheid die een examen inricht niet verplicht is aan kandidaten te verzoeken afschrift van hun diploma op te sturen, wanneer zij dit niet uit eigen beweging gedaan hebben, ook al stuurt het vast wervingssecretariaat gewoonlijk dit verzoek, en zelfs al zou dit niet sturen van dat verzoek het gevolg zijn van een gebrekkige werking van de uitvoeringsdiensten, en al zou de andere kandidaten een dergelijk verzoek wel gestuurd zijn (5).

204.- In het algemeen volgt de Raad van State de regel dat in niet-betwiste zaken de betrokken burgers alleen die rechten kunnen laten gelden die

(1) Raad van State, 26 maart 1974, n° 16.325.

(2) FLAMME, M.A., *Vers la codification de la procédure administrative*, Rev. adm., 1970.

(3) Raad van State, 6 november 1973, n° 16.089.

(4) Raad van State, 25 mei 1972, n° 15.319.

(5) Raad van State, 20 december 1956, N° 5423.

de wet of reglementen hen uitdrukkelijk toekennen (1), (2).

In toepassing van dat beginsel heeft de Raad van State beslist dat, ook al brengt het besluit tot onbewoonbaarverklaring de belangen van de eigenaar ernstig in gevaar, en hij daarom verwachten mag dat de overheid hem gelegenheid geeft voor zijn belangen op te komen voor elke beslissing,

-
- (1) KLINKERS definieert het contentieuze administratieve proces als een relatie tussen overheid en burger waarbij een geschil aan de orde is, en het non-contentieuze administratieve proces als een relatie waar geen geschil uitgevochten wordt, maar de burgers anderzins met de administratie in contact is (*op. cit.*, p. 66). Het is echter alles behalve duidelijk wat precies onder "geschil" verstaan moet worden.

Uit de rechtspraak van de Raad van State (zie volgende voetnoten) zou men kunnen afleiden dat van beslissing in betwiste zaken, en dus van geschil alleen maar sprake is wanneer de relatie burger-overheid zich situeert in een jurisdictionele procedure.

Afgezien nog van de moeilijkheid om van jurisdictionele procedure, jurisdictionele handeling en jurisdictioneel orgaan een bevredigende definitie te geven (zie MAST, A., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 5e uitgave, p. 361-369, en de op pagina 369 geciteerde rechtsleer, vooral Lampué, *La notion d'acte juridictionnel*, *RDP* 1946, p. 5 - 67), komt dit criterium als in hoge mate formeel en derhalve vrij irreal voor. Waarom zijn de uitspraken van de commissies voor oorlogsschade jurisdictionele handelingen, maar niet de beslissingen genomen door de administratie op aanvragen om vergunningen, of de beslissing van de burgemeester om een woning als krotwoning te klasseren?

De belangen die daar op het spel staan verdienen minstens evenvele bescherming als de belangen die in een jurisdictioneel kader beoordeeld worden.

Men kan stellen dat de belangen die niet op de waarborgen van een jurisdictionele procedure aanspraak kunnen maken, juist daarom des te meer bescherming verdienen, waartoe de openbaarheid in niet geringe mate kan bijdragen.

- (2) De moeilijkheid een geldig criterium te zoeken voor dit onderscheid blijkt uit de rechtspraak van de Raad van State inzake erkenning van geneesheren-specialisten.
- De Raad besliste dat de uiteindelijke beslissing van de Minister van Volksgezondheid "weliswaar geen jurisdictioneel karakter heeft maar toch ... verschijnt als een administratieve beslissing in betwiste zaken en dienvolgens gemotiveerd dient te zijn" (24 april 1968, n° 12914). De Erkenningscommissie en de Commissie van beroep, die voorafgaandelijk een beslissing nemen moeten zich gedragen naar de in rechtszaken voorgeschreven regelen (Raad van State, 3 mei 1968, n° 12929).

elke beslissing, geen wettelijke of reglementaire bepaling de overheid verplicht om vooraleer een huis onbewoonbaar te verklaren, de eigenaar te waarschuwen en hem uit te nodigen bij het voorafgaand onderzoek aanwezig te zijn of opmerkingen te maken (1).

Dezelfde regel, dat de betrokkenen alleen die rechten hebben die wet of verordeningen uitdrukkelijk aan hen verlenen, geldt ook voor aanvragen om een ongezonde, gevaarlijke of hinderlijke inrichting te exploiteren. Dit is zo, zowel voor de aanvragers als voor de eventuele bezwaarindieners (2).

Evenzo rust er op de bestendige deputatie, die in beroep uitspraak moet doen over een aanvraag tot bouwvergunning, geen verplichting om de aanvrager in kennis te stellen dat zij zich voorneemt een bezoek te brengen aan het perceel waarop de aanvraag betrekking heeft (3).

205.- Houdt men rekening met het feit dat elke relatie die de burger met de overheid kan hebben, ook al kan die op een gegeven ogenblik zich afspelen in een jurisdictioneel kader, in haar beginstadium van zuivere administratieve aard is, waar de burger dus geen andere rechten heeft dan de wet of reglementen hem bieden, dan moet de houding van de Raad van State, zij moge rechtens gefundeerd zijn, betreurd worden. Juist dit beginstadium, juist die eerste administratieve beslissing waar in beginsel ieder plicht tot openbaarheid ontbreekt, is cruciaal. Niet alleen is de eerste beslissing vaak ook de laatste, en blijft zij tenminste richtinggevend ook in de latere (administratieve) procedure (4)

(1) Raad van State, 27 november 1972, n° 15.581.

(2) Raad van State, 14 juli 1955, n° 4508.
 Raad van State, 4 oktober 1960, n° 8107.
 Raad van State, 22 januari 1963, n° 9827.
 Raad van State, 26 november 1963, n° 10292.
 Raad van State, 22 april 1969, n° 12031.
 Raad van State, 19 juni 1970, n° 14182.
 Raad van State, 26 februari 1971, n° 14559.
 Raad van State, 29 februari 1972, n° 15186.

(3) Raad van State, 9 december 1969, n° 13830.

(4) Zoals H. DEROCHE het uitdrukt : "Une décision originelle une fois prise, l'aiguillage donné au dossier déterminera une situation juridique que le formalisme parfait de l'administration avalisera sans recours. La réformation d'une décision unilatérale sera parfois impossible, en raison des délais de prescription stricts, dits de 'droit public" (*Les mythes administratifs*, Paris, P.U.F. 1966, p. 78).

en is het juist daarom van belang dat dan de positie van de burger zo sterk mogelijk zij, maar ook zal een grotere openbaarheid in dat stadium de burger in staat stellen de beslissing op haar juiste waarde te schatten en met kennis van zaken te beslissen of hij al dan niet tegen die beslissing beroep moet aantekenen, dan wel zijn aanvraag zo te wijzigen dat er wel een gunstig gevolg aan gegeven kan worden.

Er is alle reden om met Vander Stichele ervoor te pleiten dat de Raad van State aan de openbaarheid in het administratieve besluitvormingsproces de plaats zou geven die het toekomt, ofwel als zelfstandig beginsel van behoorlijk bestuur, ofwel als een van de elementen van het zorgvuldigheidsbeginsel (1).

Voor de gewone rechtbanken lijkt het moeilijker de openbaarheid van bestuur te bevorderen, daar hun bevoegdheid toch voornamelijk steunt op het bestaan van subjektieve rechten, en het althans in de huidige stand van zaken niet naar uitziet dat het recht op informatie als zodanig erkend wordt.

3. *De bezwaren tegen de openbaarheid*

206.- Zo nu vaststaat dat aan een brede toepassing van het openbaarheidsbeginsel door de uitvoerende macht zelf, of via de jurisprudentiële omweg, geen principiële juridische moeilijkheden in de weg staan, blijft het te bezien welke bezwaren dan wel daartegen ingebracht kunnen worden.

Zoals in de inleiding gesteld vallen die bezwaren uiteen in twee groepen, namelijk deze die men kan onderbrengen in de categorie der doeleinden die de overheid moet bereiken en de waarden die zij moet respecteren, en deze die thuishoren in de middelen waarmee de overheid die doeleinden tracht te verwezenlijken.

207.- De maatschappelijke waarden en doeleinden die zich tegen openbaarheid verzetten of kunnen verzetten vindt men terug in de uitzonderingen die in Zweden en Amerika op het openbaarheidsbeginsel zijn aangebracht, en

(1) VANDER STICHELE, *preadvies*, p. 178.

die in Nederland ook door de commissie Biesheuvel zijn geformuleerd (1). Dit zijn:

- het hogere staatsbelang, waarin in een viertal aspecten te onderscheiden zijn: de veiligheid van de staat, de betrekkingen met vreemde mogendheden, de economische en financiële belangen van de overheid, het opsporen van strafbare feiten (2).

Bij die uitzonderingen hoort ongetwijfeld ook de regel dat "geen stuk waaruit blijkt hoe, bij gemeen overleg tussen Koning en Minister, een K.B. tot stand gekomen is, openbaar mag worden gemaakt" (3).

Deze geheimhouding vloeit voort uit het beginsel dat de Koning onschendbaar is.

Het spreekt vanzelf dat de draagwijdte van deze uitzonderingen op het openbaarheidsbeginsel, waarvan de gerechtvaardigheid nauwelijks betwist kan worden, tot interpretatie en betwistingen aanleiding kunnen geven, zoals Klinkers terecht vermeldt (4).

Daarom is het van belang om te weten wie uiteindelijk over onthulling van overheidsdokumenten en over openbaarheid van bestuur in het algemeen het laatste woord zal hebben, en daar verdient het Amerikaanse systeem dat aan de rechter die bevoegdheid geeft, de voorkeur. Het lijkt weinig

(1) Rapport van de Commissie heroriëntatie overheidsvoorlichting (Commissie Biesheuvel), Staatsuitgeverij, 1970, p. 198.

(2) Dit laatste aspect omvat eveneens de opsporing van feiten die tot administratiefrechtelijke sancties kunnen leiden, zoals het intrekken of schorsen van vergunningen.

(3) A. MAST, *Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk Recht*, Gent, Story Scientia, 3e uitgave, 1972, p. 231.
Zie over deze regel ook: ORBAN, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, 1908, t. 2, p. 272-273. en Pierre WIGNY, *Droit constitutionnel*, Brussel, Bruylant, 1952, t. 2, p. 574-576.

(4) *Op. cit.*, p. 168.

zinnig om nu reeds te trachten de grenzen van die uitzonderingen af te bakenen. Dat kan het best gebeuren door de antwoorden die in de praktijk gegeven zullen worden. Mettertijd zal het mogelijk zijn daaruit meer precieze criteria af te leiden (1).

208.- Daar openbaarheid van bestuur geen doel in zichzelf is, maar een middel tot een grotere democratisering, een betere rechtsbescherming, en tevens zijn grondslag vindt "in de vrijheidsidee van de burger ten opzichte van de overheid", zoals Klinkers opmerkt (2), ligt het voor de hand dat conflicten met andere middelen die tot hetzelfde doel tenderen, mogelijk zijn.

(1) Zoals DAVIS het uitdrukt (*op. cit.*, p. 108): "Most new administrative subject matter, however, must at first be committed to discretion, because no one is able to write rules or even meaningful standards. But as administrators exercise discretion, they solve some of the recurring problems. Then they naturally follow precedents, for they think it inefficient to rethink a problem they have once resolved to their own satisfaction, in absence of any special reason to do so. The precedents accordingly grow, the opinions are soon stating some standards or other guides, and the movement may go on toward principles and for some subjects, rules".

(2) *Op. cit.*, p. 168.

209.- Een van die middelen is de factor tijd.

In het reeds geciteerde arrest van de Raad van State van 17 november 1972, waar een van verzoekers bezwaren tegen een besluit van onbewoonverklaring was dat hij niet vooraf uitgenodigd was om het plaatsbezoek bij te wonen of opmerkingen te formuleren, was deze factor van beslissende betekenis voor het afwijzen van dat bezwaar : "dat het immers om een politiemaatregel gaat die, behoudens bewijs van het tegendeel, een urgent karakter heeft en derhalve met een voorafgaand tegensprekelijk onderzoek meestal niet verenigbaar is" (1).

Tijdnood mag niet te gemakkelijk als reden om openbaarheid te weren aanvaard worden. Ten eerste geldt zij niet voor die vormen van openbaarheid die geen tijdverlies meebrengen, wat voor mededeling van stukken of het oproepen om bij een bepaalde gebeurtenis aanwezig te zijn meestal het geval zal zijn. Verder lijkt het ook onaanvaardbaar dat de overheid zich daarop zou beroepen als zij door eigen schuld in tijdnood geraakt is. Tenslotte komt het aan de Raad van State toe om nauwkeurig de werkelijkheid van het tijdselement na te gaan, en de in geding zijnde belangen af te wegen.

210.- Aantasting van de doeltreffendheid en slagvaardigheid van het bestuur tengevolge van openbaarheid is een tweede bezwaar. Dit omvat twee aspecten : enerzijds verlengt het het administratieve besluitvormingsproces, anderzijds wordt dat proces duurder, doordat de ambtenaren meer werk krijgen en/of meer ambtenaren ingeschakeld moeten worden.

Deze opwerping heeft Klinkers op doeltreffende wijze weerlegd. Hij toont aan dat de beslissing die in beslotenheid genomen is, vaak achteraf aanleiding geeft tot betwisting, beroep op de politieke en rechterlijke macht, weigering tot tenuitvoerlegging en dies meer, zodat de totale duur van de beslissing, van conceptie tot tenuitvoerlegging, noch korter noch goedkoper moet zijn dan wanneer openbaarheid van de beslissing tot stand komt.

Bovendien voert hij aan dat voor andere overheidstaken, waarvan het nut onmiddellijk duidelijk is, zoals inzake sociale zekerheid bijvoorbeeld, geen bezwaren over extra ambtenaren en kosten gemaakt worden, of althans

(1) Raad van State, 27 november 1972, n° 15.581, p. 956.

veel minder. Openbaarheid heeft alleen het nadeel dat het niet onmiddellijk rendeert wat kostprijs en duur betreft, maar wel op middellange of lange termijn. Daarmee wil niet gezegd zijn dat openbaarheid betwistingen uitschakelt, maar als er ook dan nog wrijvingen en geschillen voortkomen, dan is er vermoedelijk een diepere oorzaak, en is het minstens voorbarig om de schuld daarvan aan de openbaarheid te geven. Tenslotte acht hij het onaanvaardbaar dat in een democratische maatschappij aan slagvaardigheid van bestuur een grotere waarde wordt toegekend dan aan openbaarheid (1).

- 211.- Andere bezwaren die door Van Wijnbergen worden onderzocht en weerlegd zijn de wisselvalligheid, onbetrouwbaarheid en irrationaliteit van de publieke opinie, de mogelijkheid dat openbaarheid aan de oppositie argumenten in handen zal spelen, dat de adviezen en rapporten van commissies als regeringsvoorstellen worden geïnterpreteerd, het doorbreken van de ambtelijke anonimiteit.

De vrees voor de publieke opinie is als argument onjuist. Hij citeert Thorbecke's gezegd, "dat publiciteit voor een goeden maatregel ene onberekenbare kracht is doch dat de beste maatregel bij geheimzinnigheid licht miskend wordt". Het tweede bezwaar vindt Van Wijnbergen veeleer een voordeel. Het past niet de oppositie op een dergelijke manier buitenspel te zetten.

Het derde bezwaar kan gemakkelijk opgevangen worden als de regering bij publicatie afdoende voorzorgsmaatregelen neemt, waardoor duidelijk wordt op wiens rekening de voorstellen en adviezen komen. De opwerping dat de commissies bij openbaarmaking van hun rapporten, adviezen en voorstellen minder vrijmoedig zullen werken wijst hij van de hand met te verwijzen naar de rechterlijke colleges, voor wie openbaarmaking blijkbaar geen bezwaar is.

Het doorbreken van de ambtelijke anonimiteit acht Van Wijnbergen des te noodzakelijker omdat 90 % van alle overheidsmaatregelen voortkomt uit de ambtelijke creativiteit. Van die ambtelijke invloed moet ook naar buiten blijken (2).

(1) KLINKERS, *op. cit.*, p. 77-87.

(2) VAN WIJNBBERGEN, *op. cit.*, p. 14-17.

212.- Een ander bezwaar nog, dat door Van Swaan geopperd wordt (1) en dat Klinkers deelt (2), is het gevaar van inbreuk op de ambtelijke creativiteit en gemoedsrust wegens het voortdurend blootstaan aan kritiek. Tussen ambtenaar en publiek zal een gewenningsproces moeten plaatsvinden : het publiek zal begrip moeten opbrengen voor de positie en het werk van de ambtenaar, de ambtenaar zal zich moeten harden tegen het publieke oordeel. Op die manier zal het bezwaar geleidelijk aan verdwijnen.

213.- Duynstee tenslotte vindt dat openbaarheid van het administratieve besluitvormingsproces pas mogelijk is "in een heel anders geaarde inrichting van het maatschappelijk en publieke bestel" en "dat binnen het gevestigde bestel en binnen de vooruitzichten op continuïteit juridisch-politieke grenzen gesteld zijn aan de mogelijkheden van openbaarmaking in overheidsaangelegenheden". Voor hem is openbaarheid geen eis van het democratisch bestel, tenminste daar waar vertrouwelijkheid noodzakelijk is, en die noodzaak gaat voor hem nogal ver :

"Het doet verwonderlijk aan, dat vertrouwelijkheid plicht zou zijn bij het tot stand brengen van politieke beslissingen, maar dat de autoriteiten die deze beslissing moeten nemen op zeker niveau (bedoeld is de ambtelijke voorbereidingsfase) in de onmogelijkheid zouden worden gebracht om zich vertrouwelijk te laten bijstaan. Als men zou menen, dat algemene democratische eis zou zijn, dat de overheidsdienst openbaar moet zijn, dan zou men logischerwijze toch allereerst moeten denken aan de openbaarheid van de ministerraad en van vergaderingen van kamerfracties, c.q. kamercommissies over bestuursbeleid. Dan wordt openbaarheid van de rest van de gegevens in beginsel een schier vanzelfsprekende consequentie" (3).

Met de door Duynstee voorgestelde volgorde : eerst verandering van het maatschappelijk en publiek bestel, dan pas grotere openbaarheid, is Klinkers het duidelijk oneens. Hij stelt dat het maatschappelijk en publiek bestel niet statisch is, maar dynamisch. In de evolutie die het ondergaat kan openbaarheid de rol spelen van een katalysator die met name op het punt van de mentaliteit als versneller optreedt (4).

(1) DE SWAAN, Geheimhouding van de openbare zaak, *De Gids*, 1966, n° 6 p. 11/12.

(2) *op. cit.*, p. 76.

(3) DUYNSTEE, in : "*Hoe openbaar wordt ons bestuur ?*", p. 49-51. Dit vertrouwelijkheidsbeginsel vertoont een merkwaardige gelijkenis met het "executive privilege" waarop president Nixon zich beriep om de beruchte "tapes" niet vrij te geven. De ratio is dezelfde : zonder vertrouwelijkheid kan de president (hier : de beleidsman), niet openhartig met zijn medewerkers omgaan en worden zijn beleidsmogelijkheden en rechtspositie ernstig beperkt.

(4) KLINKERS, *op. cit.*, p. 77.

214.- De tegenstelling tussen Duynstee en Klinkers grijpt terug naar een van de grondproblemen van het recht : moet het recht de maatschappelijke ontwikkeling voorafgaan en deze in zekere mate mee bepalen, of moet het recht zich ertoe beperken de maatschappelijke veranderingen passief te registreren ?

Het ziet er naar uit dat voor de openbaarheid beide opvattingen gedeeltelijk juist zijn. Ongetwijfeld is er een tendens naar grotere openbaarheid - zie in België bv. de wet op de ruimtelijke ordening, en de houding van de secretaris-generaal van het Ministerie van Economische Zaken, die deze tendens onderkent - maar een ingrijpen van de wetgever, de administratie zelf of de Raad van State, in de richting van een grotere openbaarheid zou heel zeker aan die tendens een krachtige impuls geven.

Duynstee's opmerking blijft toch voor een deel gefundeerd : vertrouwelijkheid kan evenmin als discretionnaire bevoegdheid volledig uitgeschakeld worden, noch zou dat zelfs wenselijk zijn.

215.- Een laatste beperking aan het openbaarheidsbeginsel vloeit niet zozeer voort uit een "bezwaar" als wel uit een "technische" noodzaak. Het lijkt moeilijk haalbaar om een administratief stuk dat nog niet "af" is, aan de openbaarheid prijs te geven. Steenbeek stelt dat alleen stukken die hun finaal stadium bereikt hebben, openbaar moeten zijn

"finaal dan in die zin begrepen dat het stuk een eindfase van een deel van het bestuursproces voorstelt, bijv. een ingekomen brief, een afgesloten rapport, een deskundigen bericht, een specialistenadvies, een op papier weergegeven telefonische feitelijke mededeling, een geformuleerde conclusie van een bepaald ambtelijk overleg, kortom stukken die een zelfstandige rol in het besluitvormingsproces spelen. Concepten, voorlopige notities, kladberekeningen, zakelijk niet relevante uitlatingen enz. spelen zulk een rol niet en kunnen dan daarom buiten beschouwing blijven"(1).

Dit voorstel kan ten volle onderschreven worden, maar ook hier weer zal de praktijk moeten uitwijzen welke stukken een zelfstandige rol in het bestuursproces spelen.

(1) STEENBEEK, Welke beginselen betreffende de openbaarheid van vergadering en toegankelijkheid van stukken behoren ten grondslag te liggen aan de wettelijke regelingen op het stuk van de openbare diensten ?

Preadvies Nederlandse Juristenvereniging 1970, *Handelingen*, deel I, eerste stuk p. 72. Zie ook KLINKERS, *op. cit.*, p. 162.

216.- Geen van de geuite bezwaren en opmerkingen lijkt voldoende zwaarwichtig te zijn om openbaarheid als algemene regel onaanvaardbaar te maken. Sommigen zijn gerechtvaardigd, en moeten ofwel resulteren in uitzonderingen op het openbaarheidsbeginsel, ofwel aanleiding geven tot een voorzichtige toepassing van het openbaarheidsbeginsel in de praktijk.

Dat Burkens en Kocken de formulering van een algemene openbaarheidsregel prematuur achten, en vrezen dat de onvermijdelijke reeks uitzonderingen de openbaarheid zullen versmachten (1) is een risico dat door de, sinds het opstellen van hun preadvies, veranderde mentaliteit dermate klein is geworden, dat het er gerust op de koop toe bij genomen kan worden.

4. *Openbaarheid wanneer ?*

217.- Openbaarheid moge dan in België de geesten in mindere mate beroerd hebben dan in Nederland, ook hier te lande is openbaarheid geen onbekend verschijnsel in de wetgeving, en zijn er uitspraken van de Raad van State die wijzen in de richting van een grotere openbaarheidsplicht van de administratie.

Hier moet nog vermeld worden het principiële arrest van de Raad van State van 5 februari 1970, waarin erkend wordt het bestaan an "de regel van goed bestuur en billijke rechtspleging volgens welke tegen niemand een ernstige maatregel, ook al is het geen tuchtmaatregel, kan worden uitgevaardigd tenzij de betrokkene is gehoord en dus de kans heeft gehad uiteen te zetten waarom de overwogen maatregel uit het oogpunt van het belang van de dienst niet verantwoord is - een regel die geenszins verward mag worden met het beginsel van het recht van verdediging in straf en tuchtzaken" (2).

De geformuleerde regel geldt weliswaar voor de interne werking van het bestuur, maar is vatbaar voor uitbreiding tot alle bestuurshandelingen die voor de betrokkenen een ernstige maatregel betekenen.

(1) BURKENS en KOCKEN, *preadvies*, p. 199.

(2) Raad van State, 5 februari 1970, n° 13.939.

Het is trouwens in de Raad van State, die aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur meer en meer aandacht schenkt, dat de verwachtingen gesteld moeten worden voor de geleidelijke verwezenlijking van de openbaarmaking van het bestuur, veeleer dan in de wetgever of de administratie zelf.

HOOFDSTUK III

DE BOUWSTENEN VAN DE PREVENTIEVE RECHTSBESCHERMING :

DE ALGEMENE BEGINSELEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR

§ 1. INLEIDING

218.- Aan D. Simons komt de verdienste toe gewezen te hebben op het belang van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voor de preventieve rechtsbescherming. In de bundel "Honderd Jaar Rechtsleven" schrijft hij :

"Nog één effect van het begrip der algemene beginselen van behoorlijk bestuur wil ik hier noemen. Het is de invloed welke deze hebben gehad en nog hebben op een verbetering van de voorbereiding van de administratieve beslissingen. Vooral de theoretische aandacht ten aanzien van de rechtsbescherming was in ons land voornamelijk gericht op het redres van reeds genomen beslissingen. Veel minder aandacht kreeg bij ons, althans in de theorie, de wijze waarop administratieve beslissingen moesten worden voorbereid.

En toch ligt ook daar een terrein van belang voor de rechtsbescherming. De burger is meestal veel meer gebaat bij een zodanige voorbereiding van een bestuursbeslissing die ook zijn belang raakt, indien hij daarbij de gelegenheid heeft om zijn bezwaren naar voren te brengen en op die bezwaren op een verantwoorde wijze een beslissing wordt genomen, in plaats van dat hij achteraf moet appelleren van een beslissing, die omdat zij reeds is genomen moeilijker is te corrigeren.

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn voor een belangrijk deel gericht op een juiste wijze van voorbereiding van de beslissingen. De overheid moet daarbij zorgvuldig te werk gaan, zij moet alle daarbij betrokken belangen op redelijke wijze overwegen en zij moet beslissingen waarbij op een verzoek afwijzend wordt beschikt motiveren met gronden welke die beslissingen kunnen dragen".

219.- Vooraleer gestart kan worden met het onderzoek van de diverse algemene beginselen als elementen van preventieve rechtsbescherming moet eerst enige terminologische klaarheid betracht worden, en lijkt het niet minder belangrijk de waarde en de indeling van de algemene beginselen te bepalen.

(1) SIMONS, David, De ontwikkeling van de rechtsbescherming tegen de overheid in : *Honderd jaar rechtsleven*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1970, p. 255. Ook DAVIS spoort aan tot grotere aandacht voor de preventieve rechtsbescherming (Administratieve discretion, A. preliminary inquiry, p. 219 e.v.).

§ 2. DE BEGRIPPEN "ALGEMENE BEGINSELEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR" EN "ALGEMENE RECHTSBEGINSELEN"

A. *Definities*

- 220.- Wiarda definieert de algemene beginselen van behoorlijk bestuur als het complex van normen en beginselen (behoorlijkheid, redelijkheid en billijkheid) voor zover dat dient als toetsingsmaatstaf voor overheidsgedrag (1). Nauwkeuriger is de definitie die Suetens geeft : "Beginselen van behoorlijk bestuur zijn ongeschreven algemene rechtsbeginselen, welke de overheid bij elk optreden in acht moeten nemen" (2).
- 221.- Uit deze definities kan men afleiden dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur species zijn van het genus algemene rechtsbeginselen. Het is trouwens opvallend dat in het Frans voor de algemene beginselen van behoorlijk bestuur geen eigen term voorhanden is : men spreekt er van "principes généraux du droit", ook daar waar het duidelijk gaat om algemene beginselen van behoorlijk bestuur (3).
- 222.- Van Dale omschrijft het "rechtsbeginsel" als een "principe waarop het recht steunt" ; "algemeen" is "voor alle bijzondere gevallen geldig", d.w.z. "zonder uitzondering" (4)

Bij Robert vindt men onder "principe" : "Règle d'action, formulée ou non, s'appuyant sur un jugement de valeur et constituant un modèle, une règle ou un but", en als voorbeelden worden geciteerd "le principe d'égalité ; de

-
- (1) WIARDA, G.J., Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het Nederlandse recht, *T.B.P.*, 1970, p. 366.
- (2) SUETENS, L.P., Algemene rechtsbeginselen en beginselen van behoorlijk bestuur in het Belgisch administratief recht, *T.B.P.*, 1970, p. 380.
- (3) SUETENS (*art. cit.*, p. 380) merkt op dat de term ook in het Belgisch recht nog geen ingang gevonden heeft, maar, zoals hij zegt, "dit beduidt nochtans niet dat de algemene inhoud, welke aan het begrip 'algemene beginselen van behoorlijk bestuur' wordt gegeven, in de juridische realiteit ten enermale onbekend zou zijn." Dit geldt a fortiori voor Frankrijk.
- (4) VAN DALE, Groot woordenboek van de Nederlandse taal, 9e oplage, 1969.

légalité ; les principes républicains ; les immortels principes de 1789" (1); "général" is "qui s'applique à un ensemble de cas ou d'individus" (2).

In de "Lexique de termes juridiques" staat onder "principes généraux de droit" : "Principale source non écrite du Droit administratif représentée par des règles de droit obligatoires pour l'administration et dont l'existence est affirmée de manière prétorienne par le juge. Leur respect s'impose à toutes les autorités administratives, même dans les matières où le Gouvernement est investi par la Constitution d'un pouvoir réglementaire autonome non subordonnée à la loi" (3).

223.- Ook al is er belangrijk theoretisch verschil tussen algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur - de eerstgenoemde hebben een duidelijk breder toepassingsveld dan de laatstgenoemde - in de praktijk staan de "principes généraux du droit" in de rechtspraak van de Franse conseil d'Etat en de Nederlandse 'algemene beginselen van behoorlijk bestuur' dicht bij elkaar. Beiden hebben zij tot doel het bestuurlijk handelen aan zich te onderwerpen (4).

(1) ROBERT, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, 1962, v° Principe, III.

(2) Ibid., v° 1 Général, 1°.

(3) "Lexique de termes juridiques", sous la direction de Raymond Guillien et Jean Vincent, Paris, Dalloz, 1971.

(4) BELINFANTE gaat nog verder ; voor hem lijdt het geen twijfel dat wat de Conseil d'Etat aanduidt als "principes généraux du droit", hetzelfde is als de Nederlandse "in het algemeen rechtsbewustzijn levende beginselen van behoorlijk bestuur".

("Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative" van Benoît Janneau, *Bestuurswetenschappen*, 1955, p. 203-209).

Ondanks de nauwe verwantschap van de begrippen lijkt het onjuist om ze identiek te verklaren. Niet alleen is de term "principes généraux du droit" veel breder, maar zoals HUBERLANT opmerkt, heel wat "principes généraux" vinden hun oorsprong in het burgerlijk recht, dat - omdat voor de Conseil d'Etat het burgerlijk recht als zodanig niet van toepassing is op het administratief recht - alleen via de omweg van de "principes généraux" in het administratief recht toegepast kan worden. (Le droit administratif belge comprend-il des principes généraux non écrits, in : *Mélanges Jean Dabin*, p. 666-667). Dit in tegenstelling tot het Belgische en trouwens ook Nederlandse recht, waar het burgerlijk recht in principe ook van toepassing is op het bestuurlijk handelen. De rechtspraak i.v.m. artikel 1382 B.W. (België) en 1401 B.W. (Nederland) is daarvan wel het meest sprekende voorbeeld.

Deze vaststelling is belangrijk voor het Belgische recht, omdat dit de invloed zowel van het Franse als van het Nederlandse recht. Mocht er nu tussen de "principes généraux du droit" en de "algemene beginselen van behoorlijk bestuur" ~ die hetzelfde doel nastreven en hetzelfde veld bestrijken ~ aanzienlijk verschillen bestaan qua techniek en toepassing, dan zou dit gevaar betekenen voor een homogene ontwikkeling van een belangrijk stuk Belgisch administratief recht.

224.- Het lijkt niet nuttig om opnieuw de discussie te openen over de juiste definitie van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De definitie van Suetens is theoretisch bevredigend en praktisch hanteerbaar onder voorbehoud van de opmerking dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet noodzakelijkerwijze steeds ongeschreven zijn. Het gelijkheidsbeginsel bv. dat in Frankrijk op geen geschreven tekst steunt, vindt in België uitdrukkelijke bekrachtiging in de artikels 6 en 6 bis van de Grondwet (1) (2).

B. Aard van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en hun plaats in de normenhiërarchie

225.- Er moge dan in de rechtsleer en in de rechtspraak weinig betwisting zijn

- (1) De ontwikkeling van de principes généraux in Frankrijk is in niet geringe mate te danken aan de afwezigheid van teksten die belangrijke rechten en vrijheden uitdrukkelijk waarborgen, dit in tegenstelling tot de Belgische grondwet, zoals HUBERLANT terecht opmerkt (*art. cit.*, p. 662-665). JEANNEAU geeft een zelfde verklaring (*Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 1954, p. 1-3).
- (2) Een eigenaardige toepassing van het gelijkheidsbeginsel door de Raad van state vindt men in het arrest Mollers, n° 14675 van 19 april 1971, waar de Raad van mening was dat een besluit van de Bestendige Deputatie, dat een vergunning weigerde voor de exploitatie van een hinderlijk bedrijf om reden dat het niet mogelijk was de hinder *beneden* de normale lasten van de buurschap te brengen, onwettig was, omdat het gelijkheidsbeginsel alleen vereist dat de burenen geen hinder moet verdragen die *boven* de normale lasten van de buurschap ging. Door te eisen dat de hinder *beneden* de normale burenhinder moest blijven, was de Bestendige Deputatie te streng geweest, en kwam in strijd met artikel 6 van de Grondwet. Het valt op dat de Raad hier afwijkt van de stelling van het Hof van Cassatie dat bovenmatige burenhinder onaanneembaar acht op grond van artikel 11 van de Grondwet en 544 van het B.W. (schoorsteen- en kanaalarrest, 6 april 1960, *Arresten*, p. 722-726).

over de omschrijving van het begrip, over de aard van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en hun plaats in de hiërarchie der juridische normen heerst onduidelijkheid en verwarring.

Daarvoor zijn twee oorzaken.

1. *De algemene beginselen zijn rechtsbeginselen*

Ten eerste gaat het hier om beginselen. Zonder dat men Paul Scholtens mening kan onderschrijven dat het geen rechtsbeginselen zijn, kan men het toch grotendeels met hem eens zijn dat de aard van het rechtsbeginsel meebrengt dat "directe toepassing door subsumptie van een geval onder een beginsel niet mogelijk is, daartoe moet eerst door een meer concrete inhoud de regel gevormd worden" (1). Ongetwijfeld zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur rechtsbeginselen, d.w.z. regels die een in rechte afdwingbare plicht aan de overheid opleggen (2), maar juist omwille van hun algemeen karakter is het niet onmiddellijk duidelijk hoe zij in concreto op een bepaald geval moeten toegepast worden. Zo kan het beginsel dat in tuchtzaken de betrokken ambtenaar in de gelegenheid gesteld moet worden de tegen hem uitgebrachte bezwaren te kennen en te weerleggen, niet op eenvormige en algemeen geldende wijze worden toegepast (3).

Enige voorbeelden uit de rechtspraak van de Raad van State kunnen dit aantonen :

- Artikel 56 van de gemeentewet machtigt de Koning een burgemeester te schorsen, nadat deze gehoord werd, wegens kennelijk wangedrag of grove nalatigheid. Voor de Raad van State is aan de hoorverplichting voldaan wanneer de burgemeester door de gouverneur in opdracht van de Minister gehoord werd.

(1) SCHOLTEN, P., *Algemeen deel in Asser's Burgerlijk Recht*, Zwolle, 1934, p. 83 en 84.

(2) WIARDA bv. *preadvies*, VAR-geschrift XXIV, p. 74-77 ; STELLINGA, *TVO*, n° 369, p. 273, VAN WIJK, *Voortgaande terugtred.*, Alphen a/d Rijn, N. Samsom NV, 1959, p. 19.

(3) Behalve vanzelfsprekend wanneer een bindende tekst een preciese procedure voorschrijft.

Het is niet nodig dat de Minister zelf de burgemeester hoort (1).

In scherp contract daarentegen staat de door het Supreme Court gestelde regel dat het orgaan dat een beslissing te nemen heeft, zelf de belanghebbenden moet horen (2).

- Een provinciale ambtenaar, tuchtrechtelijk vervolgd, beschikte over dertien dagen om zich tegen de hem toegeschreven verwijten te verantwoorden. Deze termijn werd nog met een week verlengd. De Raad van State oordeelde dat in casu de tenlasteleggingen voldoende duidelijk omschreven waren, en dat de termijn voldoende lang was om verzoeker toe te staan zijn belangen naar behoren te verdedigen (3).
- Een kandidaat kon zijn dossier slechts inzien een half uur voordat hij voor de examencommissie moest verschijnen. Dat was in de ogen van de Raad van State onvoldoende (4).

Met deze slechts bij wijze van voorbeeld gegeven gevallen blijkt dat de wijze van naleving van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur afhangt van de concrete omstandigheden van ieder geval. Verder dat er binnen de grenzen van ieder geval nog keuzemogelijkheden zijn betreffende de feitelijke realisatie van de rechtsregel. Tenslotte, dat de keuze op de eerste plaats bij de overheid zelf berust.

- 226.- Die bevoegdheid van het bestuur om zelf onder eventueel toezicht van de Raad van State te bepalen hoe de algemene beginselen van behoorlijk bestuur toegepast zullen worden is uitdrukkelijk bevestigd door de Raad van State :
 "Overwegende dat een overheid die enkel bevoegd is om bij individuele beschikking te beslissen, niettemin toch bij wijze van voor haar zelf geldende richtlijnen in het algemeen nader kan bepalen hoe ze bij vaststelling van haar beschikkingen een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, dat ze bij het voorbereiden van haar beschikkingen moet in acht nemen, in de praktijk zal toepassen" (5).

-
- (1) Raad van State, 24 mei 1966, n° 11828. Nochtans was er een omzendbrief van de Minister van Binnenlandse Zaken waarin gesteld werd dat de Minister zelf de betrokken burgemeester zou horen. De Raad was van mening dat deze procedure-vorm niet op straffe van nietigheid moest worden nageleefd.
- (2) Morgan v. United States, 290 U.S. 468, 56 Sup.Ct. 906, 80 L. Ed. 1288 (1936).
- (3) Raad van State, 22 juni 1971, n° 14832.
- (4) Raad van State, 18 maart 1971, n° 14616.
- (5) Raad van State, 22 december 1971, n° 15094.

Het belang van deze principiële uitspraak is gelegen enerzijds in de bevestiging dat het bestuur zelf verantwoordelijk is voor de toepassingsmodaliteiten van de algemene rechtsbeginselen - waarbij de preventieve werking van deze laatste nog eens onderstreept wordt - anderzijds in de duidelijke aanmoediging van het bestuur om die toepassingsmodaliteiten in "voor (zich)zelf geldende richtlijnen in het algemeen nader (te) bepalen" (1).

2. *De algemene beginselen zijn in wezen niet-schriftelijk. Enige bezwaren daarvan*

227.- Een tweede oorzaak van onduidelijkheid en verwarring ligt deels in het in wezen niet-schriftelijke karakter van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, deels in hun relatie tot schriftelijke regelingen en hun relatie onderling.

Dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bestaan en verbindend zijn, ook al is er geen tekst waarop zij kunnen steunen, is door de Franse Conseil d'Etat voor de eerste maal uitdrukkelijk bevestigd in de bekende "Aramu" zaak van 26 oktober 1945 (2).

Ook voor de Belgische rechtsleer was dit een uitgemaakte zaak (3).

Toch is het pas in een arrest van 6 oktober 1971 dat de Raad van State met zoveel woorden zegt dat de algemene rechtsbeginselen "niet eens in een

(1) Daarmee wordt afgerekend met de stelling dat de overheid die alleen maar individuele beschikkingen mag geven, geen enkele reglementerende bevoegdheid bezit. Zie daarover in het algemeen : J.C. DOUENCE, *Le pouvoir réglementaire de l'administration*, Paris, LGDJ, 1968. Bij Davis (*op. cit.*, p. 68-74 en 220) vindt men dezelfde mening als bij de Raad van State.

(2) Recueil Lebon, 1945, p. 213.
D., 1946, J., p. 158, met noot G. Morange.
Daarin wordt voor het eerst de beroemde formule gebruikt, "qu'il résulte de ces prescriptions ainsi d'ailleurs que des principes généraux du droit applicables, mêmes en l'absence de texte, ..."

(3) SUTENS, L.P., *art. cit.*, p. 380.
GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit*, J.T., 1970, p. 567.
HUBERLANT, Ch., *Le droit administratif belge comprend-il des principes généraux non écrits ?*, in : *Mélanges Jean Dabin*, p. 662.
Opgemerkt moet worden dat nog in 1956, HAYOIT DE TERMICOURT de stelling verdedigde, in zijn mercuriale "Un aspect du Droit de défense", dat in heel wat materies het absoluut noodzakelijk is de schending van .../...

tekst moeten worden neergeschreven om te gelden" (1).

228.- Het niet-schriftelijk karakter van de algemene beginselen brengt met zich mee dat en hun aantal, en hun toepassingsveld moeilijk vast te bepalen zijn.

Wat hun aantal betreft : waar Wiarda in zijn preadvies zeven algemene beginselen van behoorlijk bestuur onderkent, komen van der Horst en van de Poel tot de conclusie dat er vijftien zijn (2) ; Suetens neemt de indeling van Wiarda over, maar voegt er een achtste aan toe ; daarbij stelt hij nog dat er naast de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een aantal algemene rechtsbeginselen zijn die voor hem in wezen een veel ruimer begrip

.../...

het zo belangrijke beginsel van de rechten van de verdediging te stoelen op een wettelijke bepaling, op straffe van onontvankelijkheid van het beroep in cassatie. "Or ainsi qu'on le rappelait encore il y a quelques semaines, lorsqu'un moyen est pris, en ces matières de la violation du droit de défense et que cette violation ne consiste pas dans la méconnaissance d'une prescription formelle de la loi, le demandeur en cassation et la Cour elle-même ne sont maintes fois trouvés dans un cruel embarras. Il se sont efforcés de découvrir une disposition légale qui présentât quelque analogie ou quelque relation - parfois bien tenue - avec l'atteinte portée au droit de défense" (*Revue de droit pénal et de criminologie*, 1956, p. 247).

Voor GANSHOF VAN DER MEERSCH is het veertien jaar later duidelijk dat de formele aanduiding van een geschonden wetsartikel meer en meer achteruitwijkt en gedoemd is te verdwijnen : "Mais si la Cour, lorsqu'elle y était engagée par des parties qui fondaient leur pourvoi en matière répressive sur la violation de ces articles, est restée fidèle dans quelques arrêts à une technique de référence au texte, celui-ci ne fût-il uni à la matière que par des liens incertains et artificiels, c'est en se référant expressément au principe général des droits de la défense comme tel que dans la grande majorité des cas, elle a statué ...

Soucieux de permettre au principe général des droits de la défense de trouver sa pleine application, la Cour s'est dégagée progressivement de l'emprise d'une règle de procédure qui n'est pas adaptée aux pourvois qui vous saisissent de la violation d'un principe général du droit" (*art. cit.*, p. 593).

(2) Raad van State, 6 oktober 1971, n° 14.934.

(2) *Preadvies voor de Administratieve Dagen van 1961*, uitgegeven door het Instituut voor Bestuurswetenschappen, 1961, p. 42-46.

zijn (1). In de mercuriale van Ganshof van der Meersch van 1970 worden op het specifieke gebied van het publiek en administratief recht maar twee "principes généraux" vermeld, al somt hij nog een aantal andere op die hoewel niet typisch voor het publiek recht, toch ook daarop betrekking hebben, zoals het beginsel van de rechten van de verdediging (2). Huberlant onderscheidt zeven "principes généraux" (3). In het proefschrift van Jeanneau is er sprake van heel wat "principes généraux" ; het is echter moeilijk een juist aantal te geven, omdat Jeanneau sommige algemene beginselen in delen splitst, zonder dat het duidelijk is of hij ieder deel als een apart beginsel beschouwt dan wel als een toepassingsmodaliteit van het algemeen geformuleerd algemeen beginsel (4).

Dit verschil in aantal is deels verklaarbaar doordat de auteurs verschillende criteria aanleggen voor de indeling van algemene beginselen ; deels ook doordat in de loop der tijden nieuwe beginselen "ontdekt" worden, dan wel door afsplitsing zich geleidelijk uit bestaande beginselen ontwikkelen en een eigen leven gaan leiden (5).

Verskil in aantal hoeft op zichzelf niet te verontrusten, zolang maar dezelfde werkelijkheid gedekt wordt. Maar wanneer op een gegeven ogenblik door de rechtspraak of de rechtsleer een nieuw beginsel ontdekt wordt, kan dit voor het bestuur moeilijkheden meebrengen. Het bestaan van rechtsbeginselen wordt maar achteraf door de rechter vastgesteld, nadat het administratieve besluitvormingsproces reeds voltooid is. Het is niet gemakkelijk voor

-
- (1) Hiervoor werd reeds gezegd dat er geen kwalitatief onderscheid is tussen algemene rechtsbeginselen en beginselen van behoorlijk bestuur. De juistheid van de opmerking van professor Suetens belet niet beide begrippen in het kader van deze studie als een eenheid te behandelen.
 - (2) GANSHOF VAN DER MEERSCH, *art. cit.*, p. 581 en 591.
 - (3) HUBERLANT, Ch., *art. cit.*, p. 677-688.
 - (4) Het gelijkheidsbeginsel wordt bijvoorbeeld onderverdeeld in "le principe de l'égalité devant la loi et les règlements", "le principe de l'égalité devant les services publics", "le principe de l'égalité devant les charges publiques". (*op. cit.*, p. 7-28).
 - (5) Als voorbeeld van een algemeen beginsel in wording kan men het openbaarheidsbeginsel nemen. KLINKERS schrijft daarover (*op. cit.*, p. 30) : "Eveneens kan men stellen, dat het openbaarheidsbeginsel voorals nog opgaat in het zorgvuldigheidsbeginsel en dat het, op grond van de maatschappelijke, annex jurisprudentie-ontwikkelingen voor de hand ligt, dat het openbaarheidsbeginsel te zijner tijd van het zorgvuldigheidsbeginsel zal worden afgesplitst en een eigen leven gaat leiden."

het bestuur om vooruit te lopen op de rechterlijke beslissing, te meer daar de beginselen niet in een tekst neergeschreven hoeven te zijn, en de modaliteiten van hun toepassing op het concrete geval niet onmiddellijk evident zijn.

229.- De tweede zwaarigheid die het ongeschreven karakter van de algemene beginselen ten gevolge heeft, betreft de afbakening van hun toepassingsgebied.

Tot voor het arrest Zeippen, bevestigd door het arrest Lamalle (1) kon men als vaststaande aannemen dat het beginsel "audi et alteram partem" in ambtenarenzaken alleen maar toepassing vond wanneer het om tuchtzaken ging. Door dat arrest werd het toepassingsveld van dat beginsel met een slag uitgebreid tot gevallen waar "een ernstige maatregel, ook al is het geen tuchtmaatregel" uitgevaardigd wordt (2). Een andere grens die door de Raad van State getrokken wordt - het onderscheid tussen contentieuze en niet-contentieuze zaken - heeft ook een zekere invloed op het al dan niet toepasselijk zijn van algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In het vorige hoofdstuk werd er reeds op gewezen dat in niet-betwiste zaken de rechtsonderhorige op geen andere rechten aanspraak kan maken dan deze hem uitdrukkelijk verleend door reglementaire bepalingen. Beschouwt men nu de algemene beginselen van behoorlijk bestuur als procedurale waarborgen in hoofde van de rechtsonderhorige, dan kan men beweren dat de algemene beginselen voor zover zij hun neerslag niet vinden in een reglementaire bepaling, niet gevolgd moeten worden in de besluitvorming aangaande niet betwiste zaken.

In inderdaad, vanuit dat standpunt bekeken, zijn er een aantal arresten die de toepassing van de algemene beginselen in niet-betwiste zaken uitsluiten.

In een arrest van 18 juni 1971 was de Raad de mening toegedaan dat een geneesheer die om zijn erkenning als specialist verzocht had, geen recht heeft op inzage van het advies van de Commissie van beroep aan de Minister die de definitieve beslissing nam:

"Overwegende dat de erkenningsbeslissing wordt genomen door de Minister; dat dit geen gerechtelijke beslissing is; dat in een debat op tegenspraak alleen voorzien is tijdens de voorafgaande fase, ten overstaan van de Commissie van eerste aanleg en van beroep, die de Minister moeten adviseren zodat deze zijn beslissing met kennis van zaken kan nemen; dat het debat

(1) Raad van State, Zeippen, 1 december 1966, n° 12082; Raad van State, Lamalle, 5 februari 1970, n° 13939. Vgl. voor de evolutie van de rechtspraak, Raad van State, Cocq, 15 december 1950, n° 629.

(2) De Raad drukt er wel op dat dit beginsel geenszins verward mag worden met het beginsel van het recht van verdediging in straf- en tuchtzaken. Dit laatste beginsel is inderdaad ruimer, maar dit neemt niet .../...

een einde neemt met het advies van de Commissie van beroep ; dat artikel 5 van het koninklijk besluit van 12 september 1957, gewijzigd bij het koninklijk besluit van 5 juni 1962 stelt dat het advies van de Commissie van eerste aanleg aan de betrokken geneesheer wordt medegedeeld, zodat hij beroep kan instellen ; dat het voor de geneesheer van belang kan zijn het advies van de Commissie van beroep te kennen, maar dat hij hiertegen niet over een nieuw rechtsmiddel beschikt ; dat geen enkel algemeen procedurebeginsel eist, dat in een zodanig geval aan de betrokken geneesheer kennis wordt gegeven van het advies" (1).

Nog in dit verband kan verwezen worden naar de in het vorige hoofdstuk geciteerde rechtspraak in verband met de politiebevoegdheid van de burgemeester wat betreft onbewoonbaarverklaringen, en de reglementering van de ongezonde, hinderlijke en gevaarlijke bedrijven. Typerend voor deze laatste zijn de volgende uitspraken : "dat het reglement voor de arbeidsbescherming niet bepaalt dat de opposanten gehoord moeten worden" en "dat het reglement niet bepaalt dat aan de opposanten inzage moet worden gegeven van de door de bestendige deputatie ingewonnen adviezen en inlichtingen" (2).

230.- Toch kan men niet zeggen dat de algemene beginselen in niet-betwiste zaken van geen tel zijn.

Ten eerste zijn er een aantal gevallen waar de Raad van State aan de teksten een brede interpretatie geeft. Reeds in een arrest van 3 april 1950 stelde de Raad dat de Besluitwet van 11 oktober 1944, dat de Minister machtigt om de gevallen te regelen die niet voorzien waren door de Besluitwet van 6 oktober 1944 betreffende de biljetten van de Nationale Bank en de gelddeposities

"als doel heeft, luidens het verslag dat aan de besluitwet van 11 oktober 1944 voorafgaat, een regeling te treffen voor bijzondere gevallen waarvan het aantal en de verscheidenheid elke oplossing door middel van wetsbepalingen uitsluiten ; dat de Minister door te weigeren de zaak van de verzoeker heeft gekrenkt en aldus een machtsoverschrijding heeft begaan" (3).

In casu had de Minister zijn negatief antwoord op een "principebeslissing" doen steunen:

.../...

weg dat het beginsel "audi et alteram partem" deel uitmaakt van het beginsel van de rechten van de verdediging, zodat gezegd mag worden dat het toepassingsgebied van dit beginsel, zij het in beperkte vorm, uitgebreid werd.

(1) Raad van State, 18 juni 1971, n° 14828

(2) Raad van State, 26 februari 1971, n° 14559.

(3) Raad van State, 3 april 1950, n° 314.

Men kan zonder veel moeite in dit arrest een toepassingsgeval zien van het beginsel dat het bestuur iedere zaak waarover het een beslissing te nemen heeft, op zijn eigen merites moet beoordelen - een aspekt van het zorgvuldigheidsbeginsel - ook al wordt niet met name over beginselen gesproken, en al bereikt de Raad de oplossing via een brede tekstinterpretatie.

Als toepassing van de plicht tot feitelijke motivering kan beschouwd worden het arrest van 17 december 1964, waar de Raad stelt

"dat zowel uit de tekst als uit de algemene opzet van de wet en uit de ondubbelzinnige bewoordingen van de hiervoren aangehaalde verslagen aan de koning (bij de koninklijke besluiten nr. 168 van 13 mei 1935 en nr. 76 van 30 november 1939) blijkt dat "goedkeuring" van de kadastrale inkomens der type-onroerende goederen door de plaatselijke commissie de "waarborg" is die de wetgever heeft willen verlenen aan de belastingplichtigen wie de normale weg van het bezwaar en van het beroep op een scheidsrechter niet langer openstond ingevolge dezelfde bepaling, en dat die plaatselijke commissie onder meer tot opdracht heeft de "opmerkingen" te onderzoeken die de belastingplichtigen voordragen in verband met de keuze van hun onroerend goed als type en met het kadastraal inkomen dat het bestuur eraan wenst te verbinden...

dat het niet duidelijk is hoe "goedkeuring door de plaatselijke commissie" en het aan de belastingplichtigen verleende recht opmerkingen voor te dragen voor deze laatsten een waarborg kunnen opleveren als de commissie zich ertoe mag beperken de voorstellen van het bestuur te bekrachtigen, zonder beknopt maar duidelijk de redenen op te geven waarom zij de opmerkingen niet aanneemt" (1).

In een arrest van 9 juli 1974 oordeelde de Raad van State dat wanneer de gemachtigde ambtenaar op grond van artikel 55 § 2, lid 1 van de wet op de ruimtelijke ordening en de stedenbouw in beroep komt bij de Koning tegen een bouwvergunning uitgereikt door de Bestendige Deputatie, hij verplicht is aan de vergunninghouder niet alleen het enkele feit van het beroep mede te delen, maar het hele beroepsschrift met de daarbijhorende toelichtingen. Waar in fine van de bedoelde wettekst staat : "Het (beroep) wordt terzeldertijd ter kennis van de aanvrager en van de Minister gebracht", leidt de Raad daaruit af dat niet volstaan kan worden met de blote aanzegging van het beroep (2).

(1) Raad van State, 17 december 1964, n° 10938.

(2) Raad van State, 9 juli 1974, n° 16546.

Door een ruime interpretatie van bovengenoemde bepaling is de Raad erin geslaagd de naleving van het procedurebeginsel op te leggen, dat wil dat de beroepen partij in de gelegenheid gesteld wordt kennis te nemen van de redenen van het beroep, beginsel dat als een onderdeel van de rechten van de verdediging beschouwd kan worden.

Uit deze enkele gevallen moge blijken dat beschouwt men zelfs zo de algemene beginselen van behoorlijk bestuur slechts als procedurewaarborgen in het niet-contentieuze administratieve proces, de Raad van State niet aarzelt om ze op dat proces van toepassing te verklaren, al steunen zij niet rechtstreeks op een tekst. Maar zelfs zijn er gevallen waar buiten iedere tekst om procedureverplichtingen aan de administratie worden opgelegd. Men denke slechts aan het arrest Lamalle dat de naleving van het beginsel "audi alteram partem" oplegt wanneer een voor een ambtenaar belastende maatregel wordt genomen die geen tuchtmaatregel is (1) ; het beginsel "dat niet eens in een tekst moet worden neergeschreven om te gelden, dat, indien de overheid ... een examen inricht, de leden van de examencommissie de grondige kennis moeten hebben van de taal of talen waarin het examen mag worden afgelegd" (2).

- 231.- Vervolgens mogen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet gereduceerd worden tot procedurale rechten in hoofde van de rechtsonderhorigen, al is het zo dat normaliter daaruit een aantal rechten voor de rechtsonderhorigen voortvloeien.

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur overstijgen het individuele belang van de erbij betrokken personen. Het is immers een eis van algemeen belang dat het bestuur behoorlijk zij. Het zorgvuldig, correct, rechtens en feitelijk gemotiveerd, bevoegd bestuurlijk handelen is een noodzaak in zichzelf.

Van beginselen als "audi et alteram partem" en fair-play kan men zeggen dat ze voornamelijk gericht zijn op het belang van de rechtsonderhorigen, maar dat kan moeilijk beweerd worden van beginselen als motiveringsplicht - in feite de plicht om rationeel te handelen -, "patere legem quam ipse

(1) Raad van State, 5 februari 1970, n° 13939.

(2) Raad van State, 6 oktober 1971, n° 15.175.

fecisti" voorkomen van willekeur-, continuïteit van de openbare dienst.

Zonder vooruit te willen lopen op wat hierna behandeld wordt, kan men zich nu reeds de vraag stellen of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet tot het domein van de openbare orde behoren, over wier naleving de Raad van State ambtshalve moet waken.

Alleszins kan er geen twijfel over zijn dat ook in niet-contentieuze zaken de schending van algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zeker waar deze niet voornamelijk in het belang van de rechtsonderhorigen gegeven schijnen te zijn, met succes kan aangevoerd worden als middel tot vernietiging van een bestuurshandeling.

Welbekend is bijvoorbeeld de regel dat bestuurlijke handelingen, al moeten zij niet formeel gemotiveerd zijn, in rechte en in feite gemotiveerd moeten zijn (1).

Het beginsel van zorgvuldigheid geldt evengoed voor contentieuze als voor niet-contentieuze zaken : de overheid die een beslissing te nemen heeft, moet zorgen dat ze voldoende voorgelicht is (2) ; zij moet er zorg voor dragen dat de examens die zij uitschrijft een zo effectief mogelijke publiciteit krijgen (3) en verlopen in zo optimaal mogelijke omstandigheden (4).

Deze enkele voorbeelden mogen vooralsnog volstaan.

- 232.- Bij wijze van besluit kan men zeggen dat het onderscheid tussen betwiste en niet-betwiste zaken het toepassingsveld van de algemene beginselen in zekere mate kan beperken, voornamelijk van die beginselen die voorkomen als rechten in hoofde van de rechtsonderhorigen. Het beginsel dat uiteraard het meest die beperking zal ondergaan is het beginsel van de rechten van de verdediging in al zijn aspecten, zoals het recht om gehoord

(1) SUETENS, L.P., *art. cit.*, p. 382, en de aldaar geciteerde rechtspraak.
Addé : Raad van State, 22 februari 1972, n° 15.175.

(2) Raad van State, 7 december 1970, n° 14.404.

(3) Raad van State, 26 maart 1974, n° 16.325.
 Raad van State, 24 maart 1972, n° 15.329.

(4) Raad van State, 6 oktober 1971, n° 14.934.
 Raad van State, 19 juni 1969, n° 13.638.
 Raad van State, 12 november 1969, n° 13.782.

te worden, om tussen te komen, om inzage te nemen en kennis te krijgen van dokumenten, enz.

Toch zijn er gevallen die er op wijzen dat de Raad van State die beperking niet steeds aanbrengt.

- 233.- De verhouding van de algemene beginselen tot de andere rechtsnormen is mogelijk een van de factoren die de Raad er toe brengt om voor de toepassing van de beginselen niet, althans niet steeds, rekening te houden met het onderscheid tussen contentieuze en niet-contentieuze zaken.

Het zal inmiddels wel duidelijk zijn dat waar de Raad in het niet-contentieuze proces alleen maar plaats ziet voor de in reglementaire teksten uitdrukkelijk erkende rechten, al dan niet toepasselijkheid van de algemene beginselen rechtstreeks samenhangt met de verhouding tot die reglementaire teksten, of beter gezegd, tot de verschillende categorieën daarvan.

3. De verhouding van de algemene beginselen tot andere rechtsnormen

a) De algemene beginselen en de Grondwet

- 234.- Reeds Jeanneau, wiens proefschrift in 1954 verscheen, sluit de mogelijkheid niet uit dat de algemene beginselen grondwettelijke waarde hebben.

Hij schrijft daarover :

"l'état actuel de la jurisprudence ne nous permet donc pas de conclure à une supériorité même relative des principes généraux du droit sur la loi constitutionnelle proprement dite. Mais il faut s'empressez d'ajouter que nous ne voyons pas pourquoi la théorie des principes généraux du droit n'inspirerait pas, le cas échéant, au juge administratif une méthode d'inspiration analogue à celle fréquemment employé à l'égard de la loi ordinaire. S'il reste vrai que la loi demeure dans le système français le centre de l'ordonnement juridique, il ne faut pas oublier que le juge administratif n'a pas hésité, par une méthode d'interprétation appropriée, à en plier bien souvent les dispositions aux exigences des principes généraux du droit. Dans ces conditions, il ne ferait pas preuve d'une plus grande audace en procédant de la même manière à l'égard de la loi constitutionnelle, qui, dans l'état actuel du droit positif et sur le plan contentieux, ne jouit d'aucune prééminence sur la loi ordinaire" (1).

(1) JEANNEAU, *op. cit.*, p. 174-175.

Inmiddels heeft de Franse grondwet van 1958 ernstige beperkingen aangebracht aan de suprematie van de wet, door aan de regering voor belangrijke beleidsgebieden, een zelfstandige reglementaire bevoegdheid toe te kennen (1). Daardoor kon gevreesd worden dat de regering ongestraft inbreuken kan plegen op de algemene beginselen. Een aantal auteurs stelde voor de toepassing van de algemene beginselen uit te bereiden tot de decreten, m.a.w. aan de beginselen constitutionele waarde toe te kennen (2):

In het arrest "Syndicat général des ingénieurs conseils" van 26 juni 1959 heeft de Conseil d'Etat op ondubbelzinnige wijze die stelling bijgetreden (3).

Er moet op gewezen worden dat de verheffing op grondwettelijk niveau van de "principes généraux" twee beperkingen kent: enerzijds is het parlement zelf er niet door gebonden, zoals Braibant opmerkt, al zou in zijn mening dit logisch te verantwoorden zijn (4), anderzijds hebben niet alle "principes" grondwettelijke waarde, maar alleen de belangrijkste (5).

Maar binnen die perken is de grondwettelijke waarde van de beginselen dan ook onbetwist, zoals in het befaamde arrest "Sieurs Canal, Robin et Godot" van 19 oktober 1962 op spectaculaire wijze wordt aangetoond (6).

(1) Artikel 37 van de Franse grondwet

(2) BRAIBANT, G., "L'arrêt Syndicats général des ingénieurs-conseils et la théorie des principes généraux du droit", *Et. et Doc. C.E.*, 1962, p. 67. Conclusies van Fournier, commissaire du gouvernement, onder hetzelfde arrest, *Revue de droit public*, 1959, 1004.
 ODENT, R., *Contentieux administratif*, 1961-1962, p. 95 en 120.
 PUISSOCHET et LECAT, *Chronique, Act. jur.*, 1965, 590.
 BATAILLER, F., *Le conseil d'état, juge constitutionnel*, 1966, p. 132 ev.
 FROMONT, M., noot in *D.*, 1962, 424.
 GEORGEL, J., noot in *Rev. admin.*, 1959, n° 70, p. 381.
 L'HUILLIER, noot in *D.*, 1959, 541.
 VEDEL, G., *Droit administratif français*, 1964, p. 202-203.

(3) SIREY, 1959, p. 203, met noot R. Drago.

(4) BRAIBANT, G., *art. cit.*, p. 69.

(5) BRAIBANT, G., *art. cit.*, p. 70.

(6) *Recueil Lebon*, 1962, p. 552; *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, p. 504.
 De tekst van het arrest komt ook voor in "Het rechterlijk oordeel", in het hoofdstuk "Rechterlijk oordeel in administratieve rechtspraak" (door van der Burg), p. 59-60.

Artikel 2 van de wet van 13 april 1962, bij referendum goedgekeurd gaf aan de president van de republiek de bevoegdheid "à arrêter par voie d'ordonnance, ou, selon le cas, de décrets en Conseil des ministres, toutes mesures législatives ou réglementaires relatives à l'application des déclarations gouvernementales du 19 mars 1962". In uitvoering van die wet werd door de "ordonnance" n° 62.618 van 1 juni 1962 een uitzonderingsrechtbank, "Cour militaire de justice", opgericht, iets waartoe de president onmiskenbaar de bevoegdheid bezat. Tegen een uitspraak van de "Cour militaire" dienden verzoekers een verzoekschrift in bij de Conseil d'Etat.

Allereerst overwoog de Conseil d'Etat, voor die gelegenheid zetelend in algemene vergadering, dat het verzoekschrift ontvankelijk was. De "ordonnance" was een "acte administratif et susceptible comme tel d'être déférée au Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir".

Daarna stelde de Conseil d'Etat vast, dat, hoe groot de macht van de president terzake ook was, hij de essentiële rechten van de verdediging alleen mocht opzijzetten voor zover dat nodig was om de regeringsverklaringen van 19 maart 1962 te verwezenlijken. Nu volgens de Conseil d'Etat van een dergelijke noodzaak niet gebleken was, moest de aanslag op die rechten, met name de speciale procedure voor de "Cour militaire" en de uitsluiting van iedere mogelijkheid tot verhaal, leiden tot het besluit dat de "ordonnance" waarbij de "Cour militaire" werd opgericht, buiten de bevoegdheidsdelegatie van de wet van 13 april 1962 viel, en voor het geheel vernietigd hoorde te worden.

Dit arrest heeft heel wat stof doen opwaaien, en een wet van 15 januari 1963 valideerde retroactief de "ordonnances" genomen in uitvoering van de wet van 13 april 1962, maar toch werd de essentie van het arrest gerespecteerd, doordat de procedure voor de inmiddels in "Cour de Sécurité de l'Etat" herdoopte uitzonderingsrechtbank hervormd werd op een wijze die de essentiële beginselen van het strafrecht waarborgde, met name de rechten van de verdediging en het beroep in cassatie.

- 235.- In België vertoont die discussie niet hetzelfde belang. Terecht schrijft Ganshof van der Meersch : "La question de savoir si les principes généraux du droit ont, dans la hiérarchie des sources de la légalité, valeur législative ou valeur constitutionnelle est sans intérêt pour le juge belge... dans l'état actuel de la jurisprudence, le juge ne contrôle pas la conformité de

la loi écrite à la Constitution et les principes généraux ne s'imposent au juge que pour les actes soumis à sa censure" (1).

De weigering om de wetten op hun grondwettelijkheid te toetsen is immers een constante in de rechtspraak zowel van het Hof van Cassatie als van de Raad van State.

Nochtans moet op dit punt een belangrijk voorbehoud gemaakt worden.

In het bekende Franco-Suisse arrest van 27 mei 1971 (2) - dus na de mercuriale waaraan bovenstaand citaat is ontleend - heeft het Hof van Cassatie de primauteit van het internationaal recht op het interne recht - dus ook op de latere wet - erkend.

Men kan zich de vraag stellen of dit ook impliceert dat de algemene rechtsbeginselen van het internationaal recht voorrang hebben op het interne recht. Over het bestaan van algemene beginselen in internationaal recht kan nauwelijks getwijfeld worden. In de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen wordt er herhaaldelijk gewag van gemaakt. Ook in het kader van het Europees verdrag van de rechten van de mens is er ruimte voor toepassing van algemene rechtsbeginselen. Het is bijvoorbeeld niet ondenkbaar dat vroeg of laat de Europese commissie van de rechten van de mens, en het Hof, ertoe zouden besluiten dat de procedurewaarborgen van artikel 6 van het Verdrag, de algemene beginselen van de rechten van de verdediging omvatten, ook al zijn ze niet met zo veel woorden in de tekst van artikel 6 opgenomen.

Het is te vroeg om te zeggen welke weerslag de internationaalrechtelijke algemene beginselen op het interne recht zullen hebben, maar alleszins kan de toepassing van die beginselen, met de waarde die aan het supranationaal recht toekomt, niet uitgesloten worden.

b) *De algemene rechtsbeginselen en de wet in formele zin*

236.- Zo de algemene rechtsbeginselen in de huidige stand van de rechtspraak

(1) GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit*, *J.T.*, 1970, p. 572.

(2) ARRESTEN, 1971, p. 959 ; met de conclusies van Ganshof van der Meersch, in *Pas.*, 1971, I, 886.

niet boven de wet staan, kan men dan zeggen dat ze op hetzelfde niveau als de wet staan ? Voor Ganshof van der Meersch laat het antwoord geen ruimte voor twijfel : "Le principe général non écrit ne permet pas au juge de se dispenser d'appliquer la loi ; sans doute a-t-il force législative et doit-il être appliqué, même sans texte ; mais s'il est un élément fondamental du droit, il ne peut aller à l'encontre de la loi écrite, c'est-à-dire que le législateur a le pouvoir d'y déroger en intervenant pour régler une matière déterminée" (1).

De andere Belgische auteurs die over de algemene rechtsbeginselen geschreven hebben, spreken zich niet formeel uit over de verhouding tussen beginselen en wet.

Zo schrijft Huberlant :

"Les deux exemples de revirement de jurisprudence que l'on vient de citer sont caractéristiques. Ils montrent que le juge belge fait preuve d'un respect particulièrement scrupuleux de la volonté du législateur et d'un souci particulièrement vif de chercher dans les textes le fondement des solutions qu'il adopte. Ils montrent également que sous la force des choses, le juge belge doit parfois, lui aussi, appliquer des règles qu'il ne trouve énoncées dans aucune loi, mais auxquelles il est amené à reconnaître la valeur de principes généraux du droit qui s'imposent même sans texte" (2).

Blijkbaar is hij de mening toegedaan dat algemene beginselen maar kunnen bestaan voor zover ze niet indruisen tegen de wil van de wetgever.

Buch benadert het probleem vanuit een andere hoek. Voor hem is er tussen algemeen rechtsbeginsel en geschreven wet een kwalitatief verschil :

"Ainsi le principe général est, comme le moteur d'action, une proposition première qui ne se déduit, dans le système considéré, d'aucun autre"...

"La troisième constatation, qui dérive en quelque sorte de la seconde, porte sur les rapports des principes généraux et des lois écrites, qui sont aussi des phénomènes expérimentaux. Il faut bien dire que si les principes généraux constituent une catégorie de la pensée et jouent donc à ce titre un rôle non négligeable, par contre ils ne constituent qu'une formule et sont par conséquent vide de contenu. Or, s'agissant du droit, qui est un régulateur de la vie sociale, il importe précisément de décèler le contenu concret que reçoit la formule. Et comme ce contenu prend souvent l'aspect de la "loi" écrite, on subit la tentation d'amalgamer le contenant et le

(1) GANSHOF VAN DER MEERSCH, *art. cit.*, p. 567.

(2) HUBERLANT, *art. cit.*, p. 676.

contenu, de prendre l'un pour l'autre".

"Ce qui importe est de se rendre compte que ces principes généraux du droit tirés de la réalité des normes de la vie sociale ne deviendront un principe systémisateur et animateur de la société que dans la mesure où ils recevront un contenu concret.

...
 "Il en résulte que dans la matière de l'élaboration des actes administratifs l'application des principes généraux ne se produira pas suivant le mécanisme ordinaire de notre droit, c'est à dire par le truchement de la loi, mais bien par l'intervention du juge" (1).

Maar, na deze uitspraken over aard en wezen van de algemene beginselen neemt de auteur helaas niet de hypothese van conflict tussen geschreven wet en algemene rechtsbeginselen onder ogen. Wel zijn er aanduidingen dat hij niet afwijkt van de klassieke stelling dat de rechter niet vermag zich in de plaats van de wetgever te stellen, zodat men zou kunnen besluiten dat ook voor Buch de rechter algemene beginselen maar kan toepassen voor zover ze niet in strijd komen met de wet.

Professor Suetens ziet evenmin ruimte voor een toepassing van algemene beginselen in strijd met de wet : "Hieruit vloeit voort dat algemene rechtsbeginselen slechts toepassing vinden bij ontstentenis van een uitdrukkelijk andersluidende wilsverklaring van de wetgever" (2).

Maroy tenslotte, in zijn preadvies, raakt het probleem zelfs niet aan, maar in de discussie volgend op het uitbrengen van de preadviezen, treft men de volgende uitspraak van hem aan : "Les principes généraux du droit sont-ils au dessus de la loi ? Je crois qu'on doit répondre d'une façon formelle par la négative, en faisant cependant une petite restriction en ce qui concerne les principes constitutionnels. Théoriquement, les principes constitutionnels sont au-dessus de la loi, mais dans notre régime de droit positif, le juge ne contrôle pas la Constitution est au-dessus de la loi, ne parvient pas à trouver des applications pratiques, si ce n'est, comme l'a très bien signalé M. Huberlant par la restriction que le juge donne à la portée de la loi". (3)

(1) BUCH, *art. cit.*, p. 419, 420, 421, 424.

(2) SUETENS, L.P., *art. cit.*, p. 393.

(3) MAROY, P., *Verslag van de administratieve dagen 1961*, p. 187.

237.- Unaniem is de rechtsleer dus van mening dat de algemene rechtsbeginselen niet boven de wet staan ; in geval van conflict, gaat de wet voor. Die stelling vindt zijn verantwoording in de suprematie van de wetgever ; om het met de woorden van Ganshof van der Meersch te zeggen :

"Le législateur reste, dans les limites des principes constitutionnels, le maître de la loi. Il en détermine les modes d'expression... Le législateur peut, soit en prenant l'initiative d'une procédure législative, donner au principe général du droit la forme de la loi, le principe conservant son caractère dans la loi écrite, l'infléchir en tenant compte de l'évolution politique ou sociale, ou l'organiser dans une matière déterminée, soit s'abstenir de mettre en mouvement la procédure législative aux fin d'en constater l'existence, acquiescant ainsi tacitement au principe en reconnaissant par là son fondement" (1).

238.- Ook in Frankrijk zal de Conseil d'Etat geen toepassing geven aan de algemene beginselen in strijd met de uitdrukkelijke wil van de wetgever (2).

Interessant is evenwel de overweging van Ganshof van der Meersch, dat de suprematie van de wetgever over de algemene beginselen niet volstaat om de algemene beginselen op een niveau beneden de wet te situeren.

"Ce dernier caractère du principe général ne suffirait d'ailleurs pas à le situer à un degré inférieur à la loi. Celle-ci en regard d'une loi nouvelle qui l'abroge, a le même caractère de précarité. Le principe général n'est pas immuable ; il est comme la loi tri-butaire de l'évolution sociale de la collectivité nationale et de son organisation" (3).

239.- Vertrekt men vanuit het postulaat dat de wil van de wetgever soeverein is, dan volgt daaruit voor de algemene beginselen :

1° dat zij niet boven de wet staan, noch in strijd met de wet toegepast kunnen worden.

Overigens impliceert dit niet, zoals Ganshof van der Meersch terecht opmerkt, dat zij beneden de wet staan. Zij staan op hetzelfde niveau.

2° dat, wil men de oorsprong van de algemene beginselen kaderen in het algemeen aanvaard aantal rechtsbronnen, men verplicht is beroep te doen op een fictie, namelijk deze dat de algemene beginselen steunen op de niet-uitgedrukte, want niet op strijdige wijze geformuleerde, wil van de wetgever.

(1) *art. cit.*, p. 570.

(2) JEANNEAU, *op. cit.*, p. 174-175.
LETOURNEUR, M., "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat", *Et. doc. C.E.*, 1951, p. 29.

(3) *art. cit.*, p. 568-569.

Op deze laatste fictie wordt algemeen een beroep gedaan (1).

Een opvallende uitzondering betreft de stelling van professor Suetens. Weliswaar aanvaardt hij dat de wetgever vermag de toepassing van algemene beginselen te wijzigen of tegen te gaan, maar nergens tracht hij de rechtskracht van de algemene beginselen te gronden op de vermoede wil van de wetgever. Voor hem zijn zij "de grondstellingen van een bepaalde rechtsorde, gevonden door directe of indirecte afleiding uit de stellige rechtsnormen die in een bepaalde gemeenschap gelden" (2), wat nog niet wil zeggen dat ze steunen op de vermoede wil van de wetgever.

240.- Is de fictie die door de andere auteurs wordt ingeroepen nuttig en noodzakelijk? Geeft zij een bevredigende verklaring voor de rechtskracht van de algemene beginselen?

(1) GANSHOF VAN DER MEERSCH, *art. cit.*, p. 568.

CORNIL, La Cour de Cassation. Considération sur sa mission. *Pas.*, 1950, I, 16.

MAROY, *preadvies*, p. 84.

(2) SUETENS, *art. cit.*, p. 394.

Het is trouwens opvallend dat de franstalige Belgische auteurs meer aanleunen bij de Franse rechtsleer en rechtspraak - ook daar tracht men de algemene beginselen in het bestaande normenkader in te passen door ze te doen voortvloeien uit de stilzwijgende dan wel extensief geïnterpreteerde wil van de grondwet- of wetgever - terwijl de in het nederlands schrijvende Belgische auteurs duidelijk meer verwantschap vertonen met het Nederlands rechtsleven. Daar stelt zich de vraag naar de plaats van de algemene beginselen op heel wat minder acute wijze, doordat beroep op de BAB-wet alleen maar mogelijk is voor beschikkingen - in België zou men zeggen administratieve beslissingen over individuele gevallen - en niet voor bestuurshandelingen van reglementaire aard. Schending van de algemene beginselen zal men nu precies gaan zoeken in het geïndividualiseerde, concreet dat aan die beschikkingen noodzakelijkerwijze eigen is, en niet in de onderliggende abstracte regels waarop de beschikking steunt. De concrete werkelijkheid fungeert typisch als een scherm tussen de abstracte norm aan de ene kant en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur aan de andere kant. De rechter die een beschikking vernietigt wegens strijd met een algemeen beginsel, heeft niet de indruk dat hij in daardoor mogelijkerwijs in conflict komt met een norm van het geschreven recht. Lezing van gelijk welke rechterlijke beslissingen, waarin schending van een algemeen beginsel door de rechter vastgesteld wordt, in een willekeurig nummer van de Nederlandse Jurisprudentie / Administratiefrechtelijke beslissingen, wijzen in die richting.

Op die laatste vraag moet een ontkennend antwoord gegeven worden. Er zijn immers een aantal, zij het schaarse uitspraken, zowel van het Hof van Cassatie als van de Raad van State die algemene beginselen toepassen in strijd met een uitdrukkelijke wetsbepaling, meer bepaald uitspraken die de theorie van de noodambtenaar huldigen.

In een arrest van 11 juni 1953, waar in het geding was de geldigheid van een benoeming van vier gemeentebeheerders door een officier van een verzetsgroep, besliste het Hof van Cassatie :

"Attendu que la nécessité de la non-interruption et la permanence des autorités constituées exige, au cas où celles-ci viennent à disparaître qu'il soit procédé sans délai à leur remplacement ; que cette nécessité permet de pourvoir provisoirement à cette défaillance des autorités sans respecter rigoureusement des formalités légales dès lors que les dispositions à observer sont pas suite de force majeure, devenues inexécutables ; que dans le cas où les autorités déléguées étaient dans l'impossibilité d'exercer leur pouvoir, ce cas de force majeure ainsi que la nécessité de la non-interruption de l'administration communale habilitaient une autre autorité légale à procéder à des nominations provisoires" (1)

Deze beslissing is des te merkwaardiger daar een besluitwet van 8 mei 1944 de regels vaststelde voor de benoeming van burgemeesters en schepenen, ingeval die betrekkingen vacant waren.

De redenering van dit arrest is dezelfde als deze die geleid heeft tot de geldigverklaring van de oorlogswetten uit de periodes 1914-1918 en 1940-1945 (2).

De andere toepassing vindt men in een arrest van 10 januari 1950, dat de geldigheid aannam van een beroep in cassatie in belastingzaken, getekend door een inspecteur i.p.v. door de directeur, aan wie de wet die bevoegdheid toekende (3).

(1) Hof van Cassatie, 11 juni 1953, *Pas.*, 1953, I, 787.

(2) Hof van Cassatie, 27 april 1920, *Pas.*, 1920, I, 124 ; 4 juni 1919, *Pas.*, 1919, I, 97 en 153 ; 6 november 1944, *Arresten*, 1945, 26 ; 27 november 1944, *Arresten*, 1945, 46 ; 11 december 1944, *Arresten*, 1945, 60.

(3) J. DE MEYER, "Over de legitimiteit van de besluitwetten van de oorlogsregeringen in 1914-1918 en in 1940-1944", in *Liber Amicorum August De Schrijver*, Gent 1968, p. 296-304.

De Raad van State van zijn kant stelde dat het ministerieel besluit van 17 augustus 1945, dat aan de provinciale directeur de bevoegdheid gaf om over aanvragen voor een bouwvergunning te beslissen, de functie bedoelde en niet de titel (1).

241.- In een ander arrest van 20 oktober 1966, wordt met het continuïteitsbeginsel, op een eigenaardige manier omgesprongen. Het toen van kracht zijnde artikel 35 § 2 (2) van het Veldwetboek bepaalde dat ieder die in de bij de wet voorziene gevallen bosaanplantingen wenste te doen daarvoor de vergunning moest krijgen van het college van burgemeester en schepenen (3). Had het college geen beslissing genomen binnen de dertig dagen volgend op "het indienen van het verzoek", dan werd de vergunning geacht gegeven te zijn. Op grond van die bepaling diende iemand een vergunningsaanvraag in voor het planten van kanadabomen bij het college van burgemeester en schepenen van Londerzeel, bij een brief die op 16 augustus 1965 om 5 uur 's morgens in het kantoor van Londerzeel afgestempeld was. Het college van burgemeester en schepenen wees de aanvraag af in zijn vergadering van 16 september 1965. De aanvrager kreeg kennis van die beslissing bij brief van 23 september 1965. Op 16 oktober daarna tekende hij beroep aan bij de Bestendige Deputatie van Brabant, o.a. aanvoerend dat het college zijn beslissing slechts de 31e dag na het indienen van de aanvraag genomen had, en de vergunning dus van rechtswege was toegestaan. De bestendige deputatie, op 25 november 1965, weigerde het beroep in te willigen, enerzijds op beleidsgronden, anderzijds ook omdat naar het gevoelen van de deputatie het college binnen de termijn van dertig dagen gehandeld had. Tijdens het geding voor de Raad van State legde de verzoeker een verklaring voor van de postontvanger van het postkanton Londerzeel l d.d. 9 mei 1966, dat stukken om 5 uur 's morgens afgestempeld

(1) Raad van State, 25 november 1959, n° 7430 en 7431.

zie Ook : Raad van State, 26 maart 1954, n° 3263.

Raad van State, 14 oktober 1960, n° 8126.

(2) Thans genummerd artikel 35 bis, en vervangen door de tekst van artikel 1, 8° van de wet van 8 april 1969.

(3) Artikel 35 § 2 werd ingelast bij de wet van 24 juli 1962 om ongewenste bosaanplantingen te voorkomen. Zie het verslag van senator H. d'Aspremont Lynden, *Doc. Senaat*, Zitting 1961-1962, n° 235 (23 mei 1962).

en bestemd voor het kanton - zoals het geval was - nog dezelfde dag bezorgd werden. Harerzijds legde de gemeente een verklaring voor van dezelfde postontvanger, d.d. 11 augustus 1966, dat "de briefwisseling gericht aan het gemeentebestuur te Londerzeel, wanneer deze toekomt op een feestdag of een verlofdag, op hun aanvraag ingehouden wordt tot de volgende werkdag".

Het auditoraat was van mening dat deze laatste regeling van zuiver interne aard was, die niet kon beletten dat de termijn inging op 16 augustus. Dit kon de raad niet overtuigen :

"Overwegende immers dat de werkingsplicht die besloten ligt in het beginsel van de continuïteit van het openbaar gezag en van de openbare diensten niet betekent dat de overheid niet gerechtigd zou zijn haar werking en die van de personen of diensten die haar bijstaan te regelen, zodat zij behalve voor de gevallen waar dringend ingrijpen noodzakelijk is, bij wijze van algemene maatregel en binnen zodanige grenzen dat de realiteit van het continuïteitsbeginsel door de aangenomen regeling niet wezenlijk in het gedrang wordt gebracht, dagen en uren kan bepalen waarop zijzelf en de haar ter zijde staande diensten zich ter beschikking van de geadministreerden houden ; dat het toekennen van een enkele dag compensatieverlof aan het gemeentepersoneel, waardoor de werking van het gemeentebestuur voor die ene dag wordt stilgelegd, in redelijkheid niet kan worden geacht met het continuïteitsbeginsel en de werkingsplicht van de overheid in strijd te zijn."(1).

242.- Zo men de zorg van de Raad kan delen om van het bestuur niet het onmogelijke te eisen, kan men tegen de door de Raad aangehouden oplossing enige bezwaren maken.

De wet zelf noch de voorbereidende werken preciseren wanneer een vergunningsaanvraag als ingediend beschouwd moet worden. Impliciet maar duidelijk stelt de Raad dat de vergunning pas is ingediend en de termijn pas begint te lopen wanneer de gemeente effectief kennis krijgt van de aanvraag. Met andere woorden, de datum van effectieve ontvangst is alleen van belang, de datum van verzending telt niet mee.

In een aantal andere wetten, waar aangetekende brieven een rol spelen - men denke slechts, wat de relaties tussen particulieren betreft, aan de handelshuur en landpachtwetgeving, en wat de relatie burger-overheid aangaat, aan de wet op de ruimtelijke ordening en de stedenbouw - is de datum van de afgifte op het postkantoor bepalend voor het ingaan van ter-

(1) Raad van State, 20 oktober 1966, n° 12034.

mijnen. Afwezigheid van de bestemming, weigering om de zending in ontvangst te nemen, beletten niet dat de termijn verder loopt. In bovenstaand geval aanvaardt de Raad niet alleen dat de datum van aankomst determinerend is, maar zelfs dat het bestuur enige zeggingschap heeft over die datum zelf.

Was het de bedoeling van de Raad om aan het bestuur een zo lang mogelijke effectieve beslissingstijd toe te kennen, dan benadeelt zij het bestuur, en bevoordeelt de aanvrager, wanneer die termijn een aantal wettelijke verlofdagen telt buiten de zaterdagen en zondagen, en omgekeerd, wanneer die termijn weinig of geen extra vrije dagen kent.

Tenslotte, het college van burgemeester en schepenen zal toch ook wel niet onwetend geweest zijn van het bestaan van die dertig-dagen termijn en kan men het in die omstandigheden niet als onzorgvuldig handelen aanmerken dat de beslissing genomen werd op een dag die mogelijk de laatste nuttige dag van de termijn was, maar mogelijk ook niet ?

Hoe dan ook, dit arrest moge dan niet formeel in strijd zijn met de letter van de wet - in casu het toenmalige artikel 35 § 2 van het Veldwetboek - men kan zich niet van de indruk ontdoen dat het continuïteitsbeginsel of beter de beperking ervan - hier gebruikt werd op een wijze die tegen de normale strekking van dat artikel ingaat.

243.- In een recent arrest van de Raad van State van 29 mei 1973, is het weerom het werkingsbeginsel dat toegepast wordt boven een wettelijke bepaling in dit geval dan nog van openbare orde.

Een ambtenaar van de gemeente Sint Gillis, behorend tot de Nederlandse taalrol, werd in verband met een tuchtprocedure, tegen hem ingespannen, gehoord door het college van burgemeester en schepenen. Artikel 17 § 1, B, 1° van de bij het koninklijk besluit van 18 juli 1966 gecoördineerde taalwetten, schrijft voor dat iedere plaatselijke dienst - het staat buiten kijf dat het college i.c. een "dienst" in de zin van dat artikel is - in zijn betrekkingen met ambtenaren van die dienst uitsluitend de taal van die ambtenaar gebruikt, "zonder een beroep op vertalers te doen". In het aan de Raad voorgelegde geval had het college wel een beroep gedaan op een vertaalster.

De Raad omschrijft eerst het dilemma waartoe de toepassing van de taalwet zou leiden :

"dat de letterlijke toepassing van artikel 17 van voormelde wetten in personeelsaangelegenheden, zoals voorgestaan door verzoeker, tot gevolg zou hebben, indien geen lid van het college van burgemeester en schepenen Nederlands zou kennen ..., ofwel de onmogelijkheid tot een wettige beslissing te komen, ofwel de miskennis van de rechten van de verdediging ten aanzien van de kennisneming van de in de uiteenzetting en pleidooien voorgedragen argumenten van verzoeker."

Om aan het dilemma te ontsnappen zocht de Raad een uitweg via het werkingsbeginsel, ook al wordt dit niet met zoveel woorden genoemd : "dat in aanmerking genomen dat dergelijk resultaat niet kan gewild of aanvaard worden, de oplossing van een beroep op een vertaler niet als onwettig kan aangemerkt worden" (1).

Men lette er wel op dat de Raad niet verwijst naar de vermoede wil van de wetgever ; dan had er gestaan : "aangezien dergelijk resultaat niet kan gewild geweest zijn". Het is de Raad die dit resultaat niet wilt of aanvaardt, en daarom de gevolgde procedure niet onwettig vindt, hoewel ze lijnrecht ingaat tegen de aangehaalde bepaling uit de taalwetten. Die oplossing kan alleen maar verdedigd worden als men aanneemt dat de uitoefening van het tuchtrecht nieg mag verlamd worden, - een aspect van het werkingsbeginsel - en aan dat beginsel voorrang toekent op de toepasselijke wetsbepaling.

244.- Betreffen al deze voorbeelden slechts een beginsel, namelijk dat van de continuïteit van het openbaar gezag, zij zijn voldoende om de onhoudbaarheid aan te tonen van de stelling dat de algemene beginselen wortelen in de wil van de wetgever. Deze gevallen hebben ook nog dit gemeen dat de prioritaire toepassing van de algemene beginselen aanvaard wordt omwille van "noodzakelijkheid", "overmacht". Om het met de volksmond te zeggen : "Nood breekt wet".

In een arrest van 27 januari 1966 vernietigde de Raad van State een vermindering van het signalement "zeer goed" tot "goed" gegrond op een overigens onbetwiste feitelijke wetsovertreding van een douaneambtenaar.

(1) Raad van State, 24 mei 1966, n° 11828.

De ambtenaar ontvanger van douanen en accijnzen te Bléharies had drie "aangiften ten verbruik" 136 D gevalideerd eer de waren op het Belgisch grondgebied waren aangekomen, en twee van die aangiften conform bevonden door het verificatiegetuigschrift te tekenen eer die verificatie was gebeurd. Dit was in strijd met een reeks voorschriften, o.a. artikel 37 van de wet van 26 augustus 1822. De Raad stelt eerst een aantal feiten vast m.b.t. de omstandigheden waaronder verzoeker zijn ambt moest vervullen : zijn kantoor bevond zich op meer dan 100 meter van de weg waarlangs de goederen ingevoerd waren, en vanuit zijn kantoor had hij geen uitzicht op de weg ; tot zijn bevoegdheid behoorde het wegvervoer, het spoorvervoer, en het vervoer langs de Schelde ; de dag dat de overtredingen begaan werden was de verificateur afwezig, zodat verzoeker ook nog die taak moest waarnemen ; de importeur en de firma die de goederen vervaardigde, stonden bekend als ernstig. En dan :

"Overwegende dat van een douaneambtenaar, die dienst heeft onder de plaatselijke omstandigheden waarin de ontvanger van Bléharies zijn ambt te vervullen kreeg, gelet op het personeel waarover hij ten tijde van de feiten beschikte, op de wisselende onderrichtingen die hij ontvangen had en op al de verschillende praktijken die voor douanekantoren geoorloofd werden bevonden, niet mocht worden geëist dat hij een wet dagtekenend uit 1822, met een commentaar haast uit diezelfde tijd letterlijk zou gaan toepassen." Vervolgens gaat de Raad een beroep doen op de wil van de wetgever : "Overwegende dat die bepalingen er in wezen op gericht zijn de belangen van de Staat te vrijwaren door de rechten van de Schatkist te beveiligen zonder afbreuk te doen aan de eisen van het internationaal verkeer ; dat niet bewezen blijkt te zijn, hoe verzoeker terzake de belangen van de Schatkist zou hebben geschaad; dat de tegen verzoeker in gegeven omstandigheden ingebrachte bezwaren niet bewezen blijken te zijn" (1).

In feite heeft de Raad, onder dekking van een beroep op de bedoeling van de wetgever en zonder de juistheid van de feiten te betwisten, het evenredigheidsbeginsel toegepast : de feiten waren niet voldoende ernstig om een sanctie te rechtvaardigen.

Uit het voorgaande kan vooralsnog alleen het besluit getrokken worden dat men niet zonder meer kan zeggen dat de "algemene beginselen" niet boven de wet staan ; de vraag rijst of men de algemene beginselen, welke overigens ook hun gemeenschappelijke kenmerken mogen zijn, allen op dezelfde lijn mag stellen wanneer het gaat over hun plaats in de normenhiërarchie.

(1) Raad van State, 27 januari 1966, n° 11614.

c) *De algemene beginselen en de algemene provinciale en plaatselijke verordeningen en besluiten*

245.- Maar eerst dit nog : hebben de algemene beginselen voorrang over de "algemene provinciale en plaatselijke verordeningen en besluiten" (1) ? Er wezen voorafgaandelijk aan herinnerd dat het bestuur, binnen zekere grenzen, de bevoegdheid heeft om zelf de toepassingsmodaliteiten van de algemene beginselen vast te leggen. Naast het reeds eerder geciteerde principiële arrest van de Raad van State van 22 december 1971 (2), blijkt dit ook uit het eveneens besproken arrest van 20 oktober 1966 (vaststelling van dagen en uren waarop het bestuur en zijn ambtenaren ter beschikking staan van de bestuurden) (3), 10 april 1973 (het bepalen van een termijn voor het indienen van kandidaturen) (4), 25 januari 1973 (vaststellen van regels m.b.t. het voordragen van kandidaten door het college van burgemeester en schepenen) (5).

Met andere woorden, waar men het met Buch eens kan zijn "que dans la matière de l'élaboration des actes administratifs l'application des principes généraux ne se produira pas suivant le mécanisme ordinaire de notre droit, c'est-à-dire par le truchement de la loi ou du règlement, mais bien par l'intervention du juge" (6), wil dit toch niet zeggen dat de rechter de algemene beginselen niet alleen als zodanig formuleert, maar ook de toepassingsmodaliteiten ervan zou vaststellen.

Terecht laat de Raad van State de zorg van de praktische toepassing van de algemene beginselen aan het bestuur zelf over, en waakt hij er alleen over dat het beginsel zelf niet in het gedrang komt. Dit voor een goed bestuur noodzakelijk terugtreden van de rechter impliceert echter ook dat op het gebied van de algemene beginselen een marge van discretionnaire bevoegdheid bestaat dat aan het toezicht van de rechter ontsnapt (7).

(1) Grondwet, artikel 107.

(2) Raad van State, 22 december 1971, n° 15094 ; zie voetnoot

(3) Raad van State, 20 oktober 1966, n° 12034.

(4) Raad van State, 10 april 1973, n° 15812.

(5) Raad van State, 25 januari 1973, n° 15672.

(6) BUCH, *art. cit.*, p. 424.

(7) BUCH, *art. cit.*, p. 423-424 en 432.

246.- Tot voor kort was de Raad van State de mening toegedaan dat bestuursbeslissingen, waarbij de toepassingsmodaliteiten van algemene beginselen werden vastgesteld, niet bindend waren voor het betrokken bestuur.

Een arrest van 24 mei 1966, stelt dat een verhoor van de burgemeester voorafgaandelijk aan een eventuele schorsing, voorgeschreven door artikel 56 van de gemeentewet, niet moet afgenomen worden overeenkomstig de voorschriften van een ministeriële omzendbrief terzake. Die omzendbrief is niet bindend zelfs niet voor de Minister van wie ze uitgaat (1).

Heel anders luidt een arrest van 25 januari 1973 : "dat het college (van burgemeester en schepenen), op grond van de hem door de gemeenteraad opgedragen bevoegdheid om kandidaten voor te dragen, gemachtigd was tot het voorstellen van de regels volgens welke het de betreffende voorstellen zou formuleren ; dat het verplicht was de eenmaal vastgestelde en in werking getreden regels in acht te nemen" (2).

Het mag worden verhoopt dat de Raad op de in dit arrest ingeslagen weg zal voortgaan. Zoniet heeft het én voor het bestuur én voor de bestuurdenden weinig zin dat het bestuur regels zou formuleren betreffende de toepassing van de algemene beginselen.

De regel dat het bestuur eerst zelf moet uitmaken hoe het de algemene beginselen gaat toepassen, moge getuigen van een wijs beleid van de Raad van State. Dit is evenwel niet de enige beperking die de verhouding besluiten en verordeningen / algemene beginselen treft.

4. *De algemene beginselen en het onderscheid tussen betwiste en niet-betwiste zaken*

247.- Het hiervoor besproken onderscheid tussen betwiste en niet-betwiste zaken(3) leidt ertoe dat althans sommige algemene beginselen niet meespelen bij het totstandkomen van bestuurlijke handelingen.

(1) Raad van State, 24 mei 1966, n° 11828.

(2) Raad van State, 25 januari 1973, n° 15672.

(3) Voor het onderscheid tussen betwiste en niet-betwiste zaken, zie hiervoor nrs. 204 en 231 e.v.

De algemene regel terzake is dat "de betrokkene ter verdediging van zijn belangen over geen andere waarborgen beschikt dan die welke de wetten of reglementen hem uitdrukkelijk verlenen" (1).

Dezelfde weigering om aan het beginsel van de rechten van de verdediging in niet betwiste zaken toepassing te geven buiten de tekst van wetten of reglementen om, vindt men terug in de materie van onbewoonbaarverklaring van woningen door de burgemeester (2), inzake beslissingen genomen door een Commissie van Openbare Onderstand die door de Koning zijn vernietigd op grond van artikel 86 en 87 van de gemeentewet (3), wat betreft aanvragen om bouwvergunning (4), zelfs in tuchtrechtelijke zaken, wat betreft het beginsel "nemo iudex in causa sua" (5), inzake voorstellen tot bevordering (6).

Wat betreft, meer in het algemeen, de organisatie van een beroepsprocedure, besliste de Raad, in een arrest van 17 oktober 1972, dat de Koning niet op absolute wijze gebonden is door de beginselen van de burgerlijke rechtspleging (7).

Ook een ander beginsel, dat van de zorgvuldigheid, vermocht niet tot de nietigverklaring te leiden van een bestuurlijke beslissing, in casu een

(1) Raad van State, 4 oktober 1960, n° 8107.

Zie ook : Raad van State, 26 november 1963, n° 10292.

Raad van State, 26 februari 1971, n° 14559.

Raad van State, 29 februari 1972, n° 15186.

(2) Raad van State, 27 november 1972, n° 15581.

(3) Raad van State, 13 juni 1973, n° 15915.

Artikels 86 en 87 van de gemeentewet zijn ook op de commissies van openbare onderstand van toepassing krachtens artikel 96 bis van de wet van 10 maart 1925 tot regeling van de openbare onderstand.

(4) Raad van State, 6 november 1973, n° 16088 en 16089.

Raad van State, 24 oktober 1967, n° 12617.

(5) Raad van State, 8 februari 1966, n° 11633 :

"Dat bewust rechtsbeginsel toepassing vindt op alle rechts-colleges doch niet, behoudens uitdrukkelijke bepaling op een orgaan van het actief bestuur, dat zoals de directieraad bij wijze van voorstel, benevens zijn andere bevoegdheden ook een bevoegdheid op tuchtgebied uitoefent."

(6) Raad van State, 26 juni 1973, n° 15940.

(7) Raad van State, 17 oktober 1972, n° 15512.

beslissing om een kandidaat niet toe te laten tot een examen, dan wanneer niet betwist was dat het vast wervingssecretariaat de kandidaat niet verzocht had een afschrift van zijn diploma op te sturen, hoewel dat gewoonlijk wel gedaan werd (1). Hierbij moet evenwel aangestipt worden dat dit arrest dateert van 1956 en dat sindsdien verscheidene arresten blijk gegeven hebben van een verscherpte controle op de organisatie en het verloop van de examens die de overheid inricht (2), zodat er ruimte is voor twijfels of de Raad heden ten dage hetzelfde antwoord zou hebben gegeven.

Met betrekking tot de openbaarheid van het bestuurlijk handelen, in zover dit als een algemeen beginsel kan aangemerkt worden, kan gewezen worden op een arrest van 18 oktober 1973, dat besliste dat geen algemeen beginsel of rechtsleer voorschrijft dat de aanbestedingen uitgaande van gemeenten openbaar moeten zijn (3).

248.- Anderzijds zijn er een aanzienlijk aantal arresten waarin de toepasselijkheid van algemene beginselen op bestuurshandelingen wel aanvaard wordt. Op de eerste plaats staat dan wel de motiveringsplicht. Tussen de overtalrijke arresten waarin een beroep gedaan wordt op dat beginsel dat iedere bestuurshandeling gemotiveerd moet zijn, moge het arrest van 17 mei 1972 aangehaald worden, waarin dat beginsel bondig geformuleerd wordt : "dat geen wettelijke of reglementaire bepaling voorschrijft deze beslissing te motiveren ; dat evenwel een administratieve handeling verantwoord moet zijn" (4). Op de draagwijdte en modaliteiten van dit beginsel wordt verder nog teruggekomen.

Een ander beginsel waaraan de Raad in niet-betwiste zaken de hand houdt, is het gelijkheidsbeginsel, bijvoorbeeld inzake bevorderingen van ambtenaren :

(1) Raad van State, 20 december 1956, n° 5423.

(2) Raad van State, 19 juni 1969, n° 13638, *RJDA*, 1970, p. 152.
Raad van State, 12 oktober 1966, n° 12005.
Raad van State, 24 maart 1972, n° 15239.

(3) Raad van State, 18 oktober 1973, n° 16056.

(4) Raad van State, 17 mei 1972, n° 15239.

de verdiensten van de kandidaten moeten onderling op objectieve wijze vergeleken worden (1). Maar ook in de materie van ruimtelijke ordening en stedenbouw, op gebied van fiscaal en economisch recht moet de overheid met dit beginsel rekening houden (2). Dit beginsel sluit nauw aan bij het beginsel "patere legem quam ipse fecisti", valt daar soms mee samen, maar kan ook los daarvan toepassing vinden.

Andere beginselen die in niet betwiste zaken toepassing vinden zijn :

- het zorgvuldigheidsbeginsel (3)
- het beginsel dat over elke zaak een individuele beslissing dient genomen te worden (verbod van principebeslissingen) (4)
- verbod van retroactiviteit van sancties (5)
- het beginsel dat niemand rechter in eigen zaak mag zijn (6)
- het beginsel van de rechtszekerheid (7)
- marginale toetsing (8).

Verdere bespreking volgt hierna.

Kan er uit de rechtspraak van de Raad van State een coherente houding tegenover de relatie tussen algemene beginselen en bestuurshandelingen afgeleid worden ?

(1) bv. Raad van State, 14 december 1974, n° 15615-15617.

(2) bv. Raad van State, 30 januari 1973, n° 15688.

Raad van State, 11 juni 1964, n° 10675

Raad van State, 5 juli 1973, n° 15958.

(3) bv. Raad van State, 24 maart 1972, n° 15239.

(4) bv. Raad van State, 3 april 1950, n° 314.

(5) bv. Raad van State, 15 januari 1969, n° 13325 ; *RJDA*, 1970, p. 32.

(6) bv. Raad van State, 30 mei 1969, n° 13593 ; *RJDA*, 1970, p. 142.

(7) bv. Raad van State, 3 april 1973, n° 15800.

(8) bv. Raad van State, 12 december 1972, n° 15612.

Marginale toetsing is, strikt gesproken, wel niet gelijk te stellen met het toetsen van een bestuurshandeling aan de algemene beginselen. Waar het in Nederland aanzien wordt als een beperking van 's rechters bevoegdheid (de handeling moet "kennelijk onredelijk" zijn), is het in België veeleer te beschouwen als een uitbreiding van het toezicht van de rechter op de overheid. Daarmee treedt bij in de beoordeling van de opportuniteit van het bestuurlijk handelen, en dus in zekere mate in de plaats van het bestuur zelf. Als zodanig is het een verlengstuk van de toetsing aan de algemene beginselen.

249.- Het ziet ernaar uit dat de Raad die algemene beginselen wil uitsluiten die het optreden van het bestuur kunnen vertragen of moeizamer doen verlopen ; ongetwijfeld zou een systematisch doen naleven van het beginsel van de rechten van de verdediging op zijn minste extra tijd, formaliteiten en personeel eisen bij het totstandkomen van de administratieve besluitvorming en mogelijk zou het formalisme waartoe dat beginsel onvermijdelijk in enige mate leidt, door kwaadwillige burgers tot een effectief obstructiemiddel kunnen worden uitgebouwd. Buch moge nogmaals geciteerd worden :

"Plus spécialement à l'égard de ce corps énorme qu'est l'administration moderne, le "formalisme tatillon" n'est pas de mise. Il le gêne : et comme celui-ci n'aime pas être immobilisé contre son gré, notre Gulliver a tôt fait de briser ces liens dont on veut l'accabler. Et il ira jusqu'à se débarrasser, en fait si non en droit, du contrôle juridictionnel. Et alors : que signifiera encore à son égard le "droit de la défense" ? (1).

Anderzijds zijn er beginselen, die ook in niet-betwiste zaken nageleefd moeten worden, ofwel omdat een uitdrukkelijke tekst ze bekrachtigd heeft - zoals bv. artikel 6 van de Grondwet het gelijkheidsbeginsel bevestigt - ofwel omdat in een rechtsstaat het bestuur alleen maar conform het recht en conform het algemeen belang kan handelen ; en dat verklaart bijvoorbeeld het motiveringsbeginsel (2).

250.- Uit het voorgaande kan men twee conclusies halen :

1. Het gaat niet op om aan de algemene beginselen een bepaalde plaats toe te kennen in de bestaande normenhiërarchie.

De poging om ze een plaats te geven op dezelfde lijn als de akten van de wetgever, faalt om twee redenen : ten eerste, er zijn gevallen waar de rechter aan de beginselen voorrang geeft op een wet ; ten tweede sommige beginselen moet niet door het bestuur gerespecteerd worden, m.a.w. een bestuurs-handeling, toch duidelijk ondergeschikt aan de wet, staat boven sommige rechtsbeginselen (3).

(1) *art. cit.*, p. 432.

(2) MAROY, *art. cit.*, p. 142 : "Quelle que soit l'étendue du pouvoir discrétionnaire confié à un administrateur, ses pouvoirs ne lui ont jamais été donnés que dans l'intérêt général. Aussi le Conseil d'Etat et les tribunaux peuvent ils vérifier le but réel de l'auteur de l'acte."

(3) Reeds JEANNEAU onderkende dit fenomeen : "Il résulte de ces diverses considérations que si l'on veut rester fidèle à la réalité jurisprudentielle, il faut bien avouer qu'il est impossible d'assigner une place unique aux principes généraux dans la hiérarchie des sources du droit". (op. cit. p. 175). Cf. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *art. cit.*, p. 568 : "Le principe général du droit qui est, à certains égards plus que la loi, puisque le juge est tenu d'en assurer le respect sans qu'il doive revêtir la forme de la loi, est aussi, sous d'autres aspects, plus faible que celle-ci".

2. De tweede conclusie vloeit mede voort uit de eerste : men kan de algemene beginselen niet als een homogene, naar inhoud kwalitatief gelijke groep, beschouwen. Dit leidt dan meteen tot de volgende twee vragen : is het mogelijk binnen de groep der algemene beginselen een hiërarchische indeling te maken ? En wat gebeurt er wanneer in eenzelfde geval twee of meer algemene beginselen in strijd komen ?

C. *Indeling en rangschikking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur*

251.- Huberlant is de eerste geweest om een indeling te geven van de algemene beginselen. In zijn bijdrage voor de 'Mélanges Jean Dabin' schrijft hij :
 "Les principes généraux diffèrent les uns des autres à plusieurs points de vue. On peut notamment distinguer ceux qui sont liés à l'application d'autres règles, et ceux qui s'appliquent de manière indépendante. Les premiers ne s'appliquent jamais isolément, mais viennent, au contraire, influencer sur la mise en oeuvre d'autres règles : ils la soumettent à certains impératifs, ou en précisent les effets. Les seconds, quant à eux, jouent de manière indépendante. Ils déterminent par eux-mêmes la solution à donner à certains cas qui ne sont pas prévus par les textes" (1).

De eerste groep helpt dus de rechter wanneer hij moet oordelen over de wijze van toepassing van wetten en besluiten of over de gevolgen van die toepassing. Tot die groep rekent Huberlant : het motiveringsbeginsel, het beginsel 'patere legem quam ipse fecisti', de beginselen die de intrekking van bestuurshandelingen beheersen.

De tweede groep die geen hulpmiddel zijn, maar in zekere zin, hun finaliteit in zichzelf vinden, valt op zijn beurt in twee delen uiteen :

"Dans cette seconde catégorie de principes, on peut distinguer ceux qui tendent à assurer l'action des autorités administratives et le bon fonctionnement du service public, et ceux qui tendent à assurer la protection de l'individu'.

En hij voegt er aan toe :

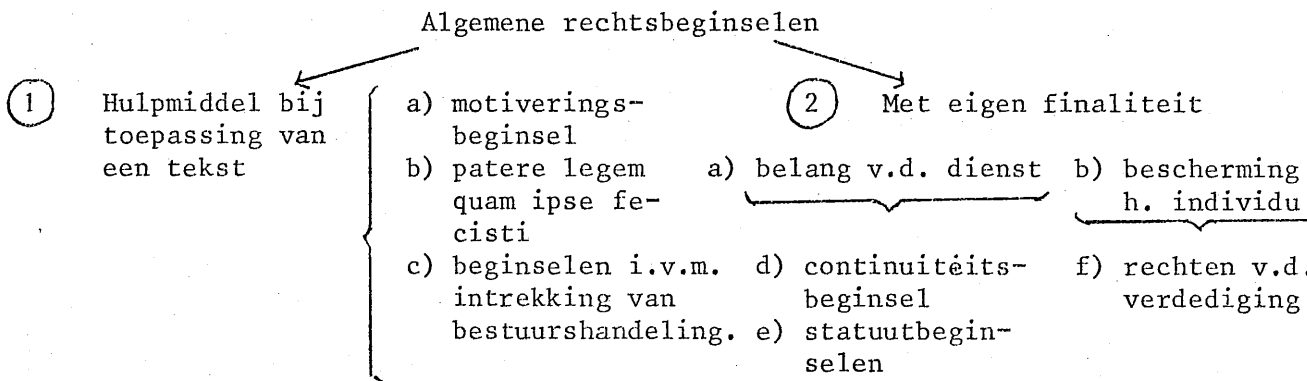
"Il arrive naturellement que l'on trouve l'une et l'autre de ces fins dans un même principe" (2).

(1) *art. cit.*, p. 677.

(2) *art. cit.*, p. 681.

Tot de eerstgenoemden behoren dan : het continuïteitsbeginsel, de algemene beginselen die de situatie van het overheidspersoneel regelen, de wet van de verandering.

Strekt tot bescherming van het individu : het beginsel van de rechten van de verdediging, dat in feite een verzamelbegrip is ; Huberlant noemt enige facetten van dat beginsel : het recht ons gehoord te worden, de onpartijdigheid van de rechters, hun onafhankelijkheid tegenover de partijen. Dit levert dan het volgend schema op :



252.- Huberlant neemt evenwel niet de hypothese onder ogen van het conflict tussen twee of meer algemene beginselen. Zijn indeling kan dan ook niet als hiërarchisch bestempeld worden, maar enkel als een poging om enige systematisering tot stand te brengen.

Maar zelfs in het licht van deze beperkte opzet is er ruimte voor enige kritiek.

Het beginsel "patere legem quam ipse fecisti", dat in de eerste groep is ondergebracht, kan met evenveel reden beschouwd worden als een beginsel dat strekt tot bescherming van de burger, en hetzelfde kan gezegd worden van de beginselen inzake intrekking van administratieve handelingen.

Weliswaar veronderstelt het "patere legem" principe het voorbestaan van een administratieve rechtsregel van reglementaire aard, maar het is tekenend dat zowel Huberlant (1) als Maroy (2) het arrest Crêteur, dat dan toch

(1) *art. cit.*, p. 685.

(2) MAROY, *art. cit.*, p. 123.

een toepassing van het "patere legem" principe zou moeten zijn, rangschikken bij het beginsel van de rechten van de verdediging.

Voor professor Suetens heeft het begrip "algemene beginselen" een tweevoudige betekenis : "Met de term 'algemene rechtsbeginselen' worden vooreerst aangeduid de fundamentele hoofdnormen van een gegeven rechtssysteem" ; in de tweede betekenis "vormen de algemene rechtsbeginselen een deel van het zedelijk leven"(1). Dit onderscheid biedt voor de hoger gestelde vragen geen hulp ; de tweede betekenis valt buiten de sfeer van de rechtswetenschap en dan blijft alleen de eerste betekenis over.

253.- Maar moet de vaststelling dat er beginselen van ongelijke waarde zijn, als vanzelf ertoe leiden, dat er een of ander objectief, rationeel criterium is die de indeling mogelijk maakt ? Volgt men de stelling van Jeanneau m.b.t. de aard van de algemene beginselen dan is het bestaan van zo'n criterium lang geen uitgemaakte zaak. Hij schrijft :

"Les principes généraux réalisent une sorte de paradox : ils se présentent sous l'aspect d'une source de droit extérieure au juge, alors qu'ils sont en fait l'expression d'un pouvoir quasi législatif de ce dernier. C'est dans cette apparente contradiction que réside, selon nous, leur originalité foncière" (2),

en vervolgens toont hij op overtuigende wijze aan dat de rechter die zich omwille van zijn plaats in de organisatie van de Staat, geen eigen wetgevende bevoegdheid mag toeëigenen en dat ook niet wil gezegd hebben, dat in feite toch doet onder dekking van de algemene beginselen.

Ook in België wordt strak vastgehouden aan de idee dat de rechter de algemene beginselen niet zelf maakt, maar hun bestaan alleen maar vaststelt (3).

(1) SUETENS, *art. cit.*, p. 394.

(2) JEANNEAU, *op. cit.*, p. 245.

(3) GANSHOF VAN DER MEERSCH, *art. cit.*, p. 84 ; SUETENS, *art. cit.*, p. 393 : "Deze beginselen worden door de rechter direct of indirect afgeleid uit het geheel van de stellige rechtsnormen die in een bepaalde rechtsorde gelden."

Minder duidelijk is het standpunt van HUBERLANT : "Dans certains cas, en effet, nos juridictions - tant les tribunaux judiciaires que le Conseil d'Etat tranchent le litige qui leur est déféré selon des règles qui ne sont énoncées dans aucun article de loi ou d'arrêté, mais qu'elles estiment pouvoir invoquer à titre de principes généraux du droit applicables mêmes en l'absence de texte" ; "Ils (ces exemples) montrent également que, sous la force des choses, le juge belge doit parfois .../...

De voornaamste reden voor die houding is wel dat men ten allen prijze de indruk wil vermijden dat de rechter als wetgever zou gaan optreden. Men wil niet weten van een "gouvernement des juges" (1).

Vandaar de redenering : de rechter "vindt" de algemene beginselen in de "sfeer" van het positieve recht ; eens hij ze heeft toegepast, en de wetgever heeft niet laten blijken dat hij het ermee oneens is, wordt deze geacht het er stilzwijgend mee eens te zijn.

Het kan moeilijk betwist worden dat beide elementen van de redenering - het vinden van de beginselen in de rechtsorde, het stilzwijgend akkoord van de wetgever - voor een goed deel niet aan de werkelijkheid beantwoorden en dus, althans voor een gedeelte, een fictie zijn.

Het is immers eigen aan de algemene beginselen dat ze niet steunen, althans niet hoeven te steunen op een geschreven regel. Vandaar dan ook dat de rechter een zeer belangrijke rol speelt in het vaststellen ervan. Niet wordt beweerd dat de rechter ze inderdaad uitvindt, maar stellen dat hij alleen maar op passieve wijze het bestaan ervan vaststelt, strookt duidelijk niet met de werkelijkheid. Illustratief zijn de reeds eerder vermelde arresten Zeippen van 1 december 1966 en Lamalle van 5 februari 1970, waar de Raad van State aangaf dat het "audi et alteram partem" beginsel ook gold buiten tuchtzaken,

.../...

lui aussi, appliquer des règles qu'il ne trouve énoncées dans aucune loi, mais auxquelles il est amené à reconnaître la valeur de principes généraux du droit qui s'imposent même sans texte" (*art. cit.*, p. 673-674 en 676).

Huberlant zegt niet met zoveel woorden dat de algemene beginselen onafhankelijk van de rechterlijke vaststelling bestaan. Daarbij, zonder zover te gaan te beweren dat zij een produkt van de rechter zijn, legt hij toch sterk de nadruk op de actieve rol die de rechter speelt i.v.m. hun toepassing.

- (1) HUBERLANT, *art. cit.*, p. 673 : "Il (le Conseil d'Etat) veille à ne pas mériter le reproche qu'on a parfois fait à la Cour Suprême des Etats Unis ou au Conseil d'Etat de France de substituer leurs propres règles de droit à celles qui ont été établies par le pouvoir politique".

SUETENS, *art. cit.*, p. 393 ; GANSHOF VAN DER MEERSCH, *art. cit.*, p. 560. Voor SOMERHAUSEN zijn de algemene beginselen echter juist het paard van Troye, waardoor de rechter in het domein van de wetgever binnendringt (De Raad van State en de algemene beginselen van het administratief recht, *T.B.P.*, 1970, p. 485).

Ook MERTENS DE WILMARS (Verleden en toekomst van de bestuurlijke voogdij, *TBP* 1963, p. 9) en MAST (Overzicht van het Belgisch administratief recht, 4e uitg. p. 419, waarschuwen voor het gevaar van een wetgevende rechter.

wanneer een ernstige maatregel tegen een ambtenaar overwogen werd (1). Kan men niet met recht zeggen dat de Raad de regel zelf gemaakt heeft? Die stelling kan verdedigd worden. Somerhausen bv. schrijft heel kort - weliswaar niet m.b.t. dit arrest, maar toch - ;

"Dat klinkt heel fraai maar de werkelijkheid is, dat de algemene rechtsbeginselen soms moeten dienen om de politieke gezindheid van de rechter te doen zegevieren, tegen de wil van de wetgever in" (2).

Ook Jeanneau, hoewel hij stelt dat het "vaststellend" element groter is dan het "scheppend" element, aarzelt niet om te stellen dat de algemene beginselen een uitdrukking zijn van een quasi-wetgevende bevoegdheid van de rechter, en als zodanig een autonome rechtsbron zijn (3).

Men mag evenwel Jeanneau's stelling niet zonder meer op het Belgische recht toepassen; het burgerlijk recht in Frankrijk principieel niet van toepassing op het bestuursrecht, en de daardoor ontstane leemten nopen de rechter haast tot het op zich nemen van bevoegdheden die normaal aan de wetgever toekomen.

In feite ligt, en dat geldt ook voor België, de rechtscheppende rol van de rechter niet zozeer in het vinden van de algemene beginselen, als wel in het in concreto toepassen van die noodzakelijkerwijze vage en algemeen geformuleerde beginselen (4). Een voorbeeld moge volstaan om dit te verduidelijken: waarom ziet de Raad van State in de omzendbrief van de Minister m.b.t. het horen van de burgemeester ex art. 56 Gemeentewet geen zelfbindingsnorm, en geen aanleiding om het beginsel *patere legem quam ipe fecisti* toe te passen (5), maar meent het dat principe wel te moeten toepassen op een voordracht van een kandidatuur door een college van burgemeester en schepenen in strijd met de regels die het zelf had uitgewerkt (6)? daar waar toch nauwelijks ontkend kan worden dat beide "richtlijnen" toch van dezelfde aard zijn?

(1) Raad van State, Zeippen, 1 december 1966, n° 12082.
Raad van State, Lamalle, 5 februari 1970, n° 13939.

(2) SOMERHAUSEN, *art. cit.*, p. 486.

(3) JEANNEAU, *op. cit.*, p. 241, en 245-249.

(4) "D'abord en raison de sa nature, générale par définition et nécessairement abstraite il est dépourvu de la précision des dispositions de droit écrit qui règlent une situation déterminée, et exigent un effort de synthèse" (GANSHOF VAN DER MEERSCH, *art. cit.*, p. 568).

(5) Raad van State, 24 mei 1966, n° 11828.

(6) Raad van State, 25 januari 1973, n° 15672.

254.- In het tweede element van de redenering - de vermoede wil van de wetgever - is het fictieve aandeel nog duidelijker aanwezig. Hoe kan men immers uit het stilzwijgen van de wetgever positiefrechtelijke normen afleiden, alsof hij iets gewild had? Stelt men niet "impliciete" - dus stilzwijgende - goedkeuring, gelijk met afwezigheid van goedkeuring? Moet men geen rekening houden met de wisselende samenstelling van de meerderheden in het parlement? Trekt men de fictie logisch door, dan zou de veranderingen in de parlementaire bezetting op stilzwijgende wijze tot "nuance" verschillen in de algemene beginselen kunnen leiden, en hoe gaat men die dan ontdekken?

Daarbij komt dan nog dat het hier om een fictie in de tweede graad gaat. Eerst is er de fictie dat de wetgever met de door de rechter geformuleerde beginselen instemt - ten tweede de fictie, dat iedereen geacht wordt de wet te kennen. Onder wet moeten dan ook de algemene beginselen begrepen worden, en dan nog wel in hun toepassing op de concrete gevallen waarmee "iedereen" te maken heeft.

Kijkt men naar de werkelijkheid, dan kan niet anders dan ingestemd worden met de opvatting van Somerhausen en Jeanneau, dat de algemene beginselen in feite 's rechters dekmantel zijn voor het uitoefenen van een quasi-wetgevende bevoegdheid. Overigens is dit fenomeen gemakkelijk te verklaren door de ordeloze groei van de wetgeving die gepaard gaat met het toekennen van steeds meer discretionnaire bevoegdheden aan de uitvoerende macht en aan het bestuur. Daardoor wordt de rechter haast gedwongen de in het nadeel van de wetgevende macht verbroken evenwicht te compenseren, door de omvang en de sterkte van zijn toezicht op de uitvoerende macht uit te breiden, en daartoe zijn de algemene beginselen bij uitstek geschikt.

255.- Overigens moet dit werkelijkheidsbeeld niet leiden tot het afschrijven van de voormelde ficties als nutteloos en overbodig.

Het lijkt niet aanvaardbaar om de algemene beginselen als een volledig autonome rechtsbron te erkennen, wat impliceert een aan de rechter toekomend zelfstandige rechtsregelscheppende bevoegdheid, ook al aanvaardt men dat de wetgever de aldus ontstane rechtsregels uiteindelijk vermag te wijzigen of uit te sluiten. Dat zou immers inhouden een erkenning van de herverdeling der politieke macht - "le gouvernement des juges" - en die herverdeling mag de rechter niet op eigen houtje doorvoeren.

De door de Belgische rechtsleer voorgestane interpretatie van aard en wezen van de algemene beginselen, is dus nuttig en nodig, enerzijds doordat zij in zekere mate rekening geeft van de werkelijkheid - er is inderdaad in de algemene beginselen een "objectief" deel, dat de rechter vindt en niet zelf maakt -, anderzijds doordat zij de bestaande gezagsorganisatie en normenhiërarchie veilig stelt.

Wel moet men er zich van bewust zijn dat die interpretatie de werkelijkheid niet volledig dekt : de algemene beginselen zijn ook een uiting van een rechtsregelscheppende bevoegdheid van de rechter. Verliest men dit uit het oog dan is de kans niet gering dat de rechter met een beroep op de wil van de wetgever zich in feite meer en meer in diens plaats gaat stellen.

256.- Er blijft dan nog de vraag of het mogelijk is binnen de algemene beginselen een rangorde aan te geven.

In het voorstel van Huberlant wordt geen onderlinge waardeverhouding aangeduid, maar toch kan de voorgestelde indeling daarbij behulpzaam zijn.

De beginselen van de eerste categorie die de toepassing van andere rechtsregels regelen, en waartoe hij rekent het motiveringsbeginsel, de regel "patere legem quam ipse fecisti", de beginselen m.b.t. het intrekken van bestuurshandelingen zijn blijkens de rechtspraak van de Raad van State van toepassing op alle bestuurshandelingen zonder onderscheid.

Een aantal arresten stelt dit uitdrukkelijk voor het motiveringsbeginsel (1). Voor het gelijkheidsbeginsel een dergelijk principe verklaring overbodig, daar het rechtstreeks opgelegd wordt door artikel 6 van de Grondwet (2). Het algemene beginsel dat de intrekking van bestuurshande-

(1) Raad van State, 17 mei 1972, n° 15304.

Raad van State, 22 februari 1972, n° 15175.

Raad van State, 12 maart 1973, n° 15752.

(2) zie R. ANDERSEN, "L'égalité des citoyens devant le loi dans le jurisprudence du Conseil d'Etat statuant au contentieux de l'annulation", *R.J.D.A.*, 1973, p. 81-96.

lingen beheerst is dat intrekking van regelmatige handelingen niet mogelijk is (1), en intrekking van onregelmatige handelingen waaruit voor derden rechten zijn ontstaan, alleen binnen de termijn die bepaald is voor het instellen van een beroep bij de Raad van State, of, wanneer een dergelijk beroep is ingesteld, voor de sluiting der debatten (2). Die termijnbeperking valt weg in een drietal gevallen : wanneer de onregelmatigheid dermate ernstig is dat de handeling voor onbestaande moet worden gehouden, wanneer de handeling door bedrog is uitgelokt, wanneer een uitdrukkelijke wetsbepaling de intrekking toestaat (3).

Ook dit beginsel of groep beginselen vindt zijn oorsprong in de rechtspraak van de Raad van State.

Van de tweede door Huberlant genoemde categorie - deze die een zelfstandige werking hebben - kan men zeggen dat op grond van de rechtspraak van zowel het Hof van Cassatie als van de Raad van State, het continuïteitsbeginsel niet alleen geldt voor alle bestuurshandelingen, maar zelfs priemeert op de wet en zoals hierna zal worden aangetoond op andere beginselen.

De algemene beginselen die het statuut van het Rijkspersoneel beheersen zijn, zo oordeelt de Raad van State, ook van toepassing op het personeel

(1) Raad van State, 6 november 1951, n° 1134.

Raad van State, 3 maart 1952, n° 1339 en 1340.

Raad van State, 20 mei 1952, n° 1578.

Raad van State, 7 juli 1952, n° 1716.

Raad van State, 21 februari 1958, n° 6091.

Raad van State, 20 november 1958, n° 6691.

Raad van State, 27 februari 1962, n° 9201.

Zie ook : DE LEYE O., Aantekeningen bij het arrest van de Raad van State n° 8284, van 20 december 1960, inz. Diliën, *TBP*, 1961, p. 484, voetnoot 3.

(2) Zie het arrest Diliën vermeld in de vorige voetnoot.

R. PEREMANS, De intrekking door de administratieve overheid van de door haar uitgereikte bouw- en verkavelingsvergunningen, *Tijdschrift voor Aannemingsrecht*, 1974, p. 176-196.

(3) Raad van State, 29 maart 1955, n° 4195.

Raad van State, 9 april 1957; n° 5591.

Raad van State, 30 november 1951, n° 1189.

Raad van State, 5 september 1952, n° 1804.

Raad van State, 6 juni 1969, n° 13614.

van openbare instellingen waarvoor nog geen statuut bestaat (1). Deze beginselen zijn te beschouwen als toepassingsmodaliteiten van het continuïteitsbeginsel : zij bepalen hoe dat beginsel t.o.v. het personeel toepassing vindt.

De rechten van de verdediging, tenslotte, zijn, als groep de enige beginselen die niet de plano op alle bestuurshandelingen van toepassing zijn. Met name in niet-betwiste zaken - en er weze aan herinnerd dat in oorsprong haast iedere activiteit van het bestuur niet-contentieus is -, gelden zij alleen wanneer een tekst van wettelijke of reglementaire aard hun aanwending oplegt, behalve waar het gaat om maatregelen van disciplinaire aard of maatregelen die een ernstige weerslag hebben op de rechtstoestand van een ambtenaar.

257.- Ook de rechtspraak is waardebepalend voor de rangschikking der algemene beginselen. Gevallen kunnen voorkomen dat de rechter geconfronteerd wordt met elkaar strijdige beginselen. Dergelijke conflicten zijn zeldzaam, en dat hoeft niet te verbazen. Het aanvoeren van algemene beginselen als zelfstandig argument is van relatief recente datum, en gewoonlijk is er slechts een van de partijen die er zich op beroept. Daarbij komt dat de Raad van State slechts zelden de schending van een algemeen beginsel ambtshalve zal sanctioneren.

Het enige arrest waar het conflict in zoveel woorden voorkomt, is het hiervoor besproken arrest van 29 mei 1973, inzake de toepassing van de taalwetten op tuchtvorderingen tegen ambtenaren van een gemeente uit de Brusselse agglomeratie (2). Strikte toepassing van de wet zou leiden ofwel tot de onmogelijkheid een tuchtvordering in te stellen - een inbreuk op het continuïteitsbeginsel - ofwel tot een schending van de rechten van de verdediging. Het eerste beginsel werd veilig gesteld door, een, de gegeven omstandigheden in acht genomen, lichte inbreuk op het tweede te tolereren.

(1) Raad van State, 29 oktober 1954, n° 3775.

HUBERLANT, "La situation juridique du personnel des institutions parastatales", *R.J.D.A.*, 1960, p. 259-260.

(2) Raad van State, 29 mei 1973, n° 15304.

Daaruit blijkt de neiging van de Raad om althans in dit geval, de beide beginselen te verzoenen, hoewel dit enigzins ten nadele van een van beide beginselen uitvalt. Ook in Frankrijk, waar zelfs ten tijde van Jeanneau's proefschrift reeds heel wat toepassingsgevallen van algemene beginselen voorhanden waren, waren conflicten van beginselen zeldzaam (1).

258.- Blijkt ook de rechtspraak weinig behulpzaam voor het rangschikken van de algemene beginselen, kunnen dan de wijzen waarop de beginselen gevonden worden, van enig nut zijn ?

Jeanneau onderscheidt vier wijzen van totstandkomen van de algemene beginselen :

- "la création du principe, résultat d'une généralisation à partir des textes";
- "le principe dégagé de l'esprit d'un texte ou d'un ensemble de textes";
- "le principe dégagé de l'essence d'une institution ou de la nature des choses";
- "le principe, produit des aspirations latentes qui, sous les formes les plus diverses, se partagent la conscience nationale" (2).

Men zal opmerken dat de band tussen beginselen en teksten, van de eerste naar de vierde vindingsstechniek, geleidelijk aan afneemt.

In een rechtsorde als de Belgische, waar de rechter zijn oordeel bij voorkeur stoelt op geschreven regels, zal de rechter des te gereedelijker een beroep doen op algemene beginselen naarmate de band met die regels sterker is, maar anderzijds zal hij, wanneer hij zich verplicht voelt op een beginsel te steunen dat die band ontbeert, juist daarom er een hoge waarde aan toekennen.

Dat kan verklaren dat aan het continuïteitsbeginsel, dat van ver noch dichtbij op een geschreven regel rust, wanneer het dan toch toegepast moet worden, zo'n hoge waarde toekomt. Overigens is de Belgische rechtspraak te weinig gedifferentieerd om een nuttig gebruik te maken van de vindingsstechnieken bij het rangschikken van de algemene beginselen.

(1) JEANNEAU, *op. cit.*, p. 161-163.

(2) JEANNEAU, *op. cit.*, p. 123-141.

Een aantal bruikbare gegevens kunnen toch uit de rechtspraak worden afgeleid.

1. Het beginsel dat iedere bestuurshandeling rechtens en feitelijk juist gemotiveerd moet zijn, vindt zijn oorsprong in de vereiste dat de Raad van State zijn toezicht naar behoren moet kunnen uitoefenen (1).
2. De relatieve zwakte van het beginsel van de rechten van de verdediging in niet-betwiste zaken vloeit deels hieruit voort, "dat het gaat om een politiemaatregel die behoudens bewijs van het tegendeel een urgent karakter heeft en derhalve met een voorafgaand tegensprekelijk onderzoek niet verenigbaar is" (2), deels om het bestuurlijk handelen niet al te zeer te belemmeren (3).
3. Vandaar ook het grote gewicht van het continuïteitsbeginsel : een niet in alle opzichten volmaakt werkend bestuur is nog altijd beter dan een helemaal niet werkend bestuur.
4. Het gelijkheidsbeginsel is in de Grondwet neergeschreven, en behoeft geen verdere rechtvaardiging voor zijn toepassing op de bestuurshandeling.
5. Een aantal algemene beginselen die Huberlant merkwaardigerwijze onvermeld laat en die om de Nederlandse terminologie te gebruiken, zeker als specifieke beginselen van behoorlijkbestuur aangemerkt moeten worden, zoals het fair-play beginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, verbod van willekeur, gelden voor alle bestuurshandelingen zonder onderscheid.

259.- Tracht men nu aan de hand van deze gegevens, de algemene beginselen te rangschikken, dan krijgt men het volgende beeld :

1. Op de eerste plaats komt het continuïteitsbeginsel of nog meer algemener de werkingsplicht van de overheid, waar dan ook bij hoort het beginsel van de veranderlijkheid van de openbare dienst.

(1) F.M. REMION, "La motivation des actes administratifs en droit belge", in : *Rapports belges au VIIIe Congrès international de droit comparé*, p. 671-672.

(2) Formulering in het arrest van de Raad van State van 27 november 1972, n° 15581.

(3) BUCH, *art. cit.*, p. 423-424, schrijft : "C'est en effet une illusion - au en surplus dangereuse - que de vouloir enfermer la vie de ce "Leviathan" moderne qu'est l'administration, dans la cage des règles de droit".

2. Dan komen op gelijke onderlinge hoogte, die beginselen die ofwel voortvloeien uit de noodzaak van een effectief toezicht van de Raad van State, ofwel opgelegd worden door een uitdrukkelijke schriftelijke bepaling met bindende waarde, ofwel te beschouwen zijn als de eigenlijke beginselen van behoorlijk bestuur.

3. Tenslotte, de groep beginselen van de rechten van de verdediging, die, behoudens wanneer zij uitdrukkelijk zijn voorgeschreven en dan deel gaan uitmaken van de tweede categorie, niet van toepassing zijn op politie-maatregelen, noch, meer in het algemeen, op niet betwiste zaken.

260.- Die rangschikking heeft ook gevolgen voor de verhouding tussen de algemene beginselen en de althans in het Belgische recht voornaamste rechtsbron, de wet in materiële zin.

1. Het continuïteitsbeginsel heeft voorrang op de wet, en zelfs op de Grondwet. Twee beperkingen zijn aan te brengen :
 - a) het lijkt niet aannemelijk dat, met een beroep op het continuïteitsbeginsel, alle wettelijke en grondwettelijke voorschriften opzij gezet kunnen worden. Dat kan alleen wanneer :
 - de essentiële elementen van de overheidswerking zelf op het spel staan, en
 - wanneer het voortbestaan daarvan alleen maar verzekerd kan worden in strijd met grondwettelijke of wettelijke bepalingen. Zo mogelijk moet een oplossing die zich met die bepalingen verdraagt, gezocht worden.
 - b) binnen zekere grenzen heeft de overheid het recht om zelf de omzetting in de praktijk van het beginsel te regelen. Die toepassingsmodaliteiten mogen een beperking van het beginsel tot gevolg hebben (1).
2. De beginselen van de tweede categorie bewegen zich op hetzelfde niveau als de wet.

Voor de beginselen die de Raad van State in de gelegenheid moeten stellen zijn toezicht uit te oefenen, gaat die gelijkstelling terug op de wet van 23 december 1946.

(1) Raad van State, 20 oktober 1966, n° 12034.

Het gelijkheidsbeginsel steunt op artikel 6 van de Grondwet wat in de huidige stand van de rechtspraak wil zeggen dat het ongeveer de waarde heeft van een wettelijke bepaling.

De typische algemene beginselen van behoorlijk bestuur maken als het ware integrerend deel uit van de bestuurshandeling. Wanneer het bestuur iets doet - of nalaat te doen - dan hoort het deze beginselen in acht te nemen. De ethische grondslag van deze beginselen is duidelijk - en terecht heeft Scholten daarop gewezen (1) maar toch zijn het ook rechtsbeginselen d.w.z. dat zij aan het bestuur een rechtsplicht opleggen.

Al deze beginselen kunnen door de wet in formele zin opzij gezet worden, niet omdat zij zelf van wetgevende oorsprong zouden zijn (ook al kunnen zij vanzelfsprekend door een wet of grondwet worden verwoord), maar omdat nu eenmaal in de Belgische rechtsorde de wet in formele zin hiërarchisch de hoogste norm is.

Daaruit volgt dan ook dat een lagere norm - een koninklijk besluit enzovoort, - niet vermag een algemeen beginsel uit te schakelen.

Dit wil niet zeggen dat de algemene beginselen onveranderlijk zijn in tijd en omvang.

Er werd hiervoor reeds gezegd dat het bestuur zelf gerechtigd is te bepalen hoe de algemene beginselen in de praktijk zullen worden omgezet (2), wat dus een zekere mate van beleidsvrijheid terzake veronderstelt. Dit is mede verklaarbaar doordat de algemene beginselen nogal vaag en algemeen geformuleerd zijn, zodat ze niet door onmiddellijke subsumptie op de praktijkgevallen toepasbaar zijn.

(1) Algemeen deel in Asser's Burgerlijk Recht, Zwolle 1934, p. 86 e.v. WIARDA beaamt dit, waar hij de algemene beginselen omschrijft als "de ethische tendenzen, welke aan ons bestuursrecht, zo geschreven als ongeschreven - met inbegrip dus van de bestuurspraktijk - ten grondslag liggen en ook van deze beginselen kan worden gezegd, dat zij zich uit dat recht en die praktijk gedeeltelijk laten afleiden, gedeeltelijk ook met zich een onmiddellijke evidentie aan ons opdringen". (VAR Geschrift XXIV, p. 74-77). Overigens weze opgemerkt dat voor Wiarda de algemene beginselen ongetwijfeld rechtsbeginselen zijn.

(2) Raad van State, 22 december 1971, n° 15094.
Zie ook de arresten van de Raad van State van 20 oktober 1966, n° 12034, en 25 januari 1973, n° 15672.

3. Het beginsel van de rechten van de verdediging komt ontegenzeggelijk als het zwakste naar voren. De rechtspraak van de Raad van State is vast gevestigd in die zin dat de rechtsonderhorige voor het behartigen van zijn belangen in het administratieve besluitvormingsproces, in niet betwiste zaken over geen andere rechten beschikt dan deze die hem door een bindende bepaling van geschreven aard worden toegekend.

Nochtans zijn er gevallen waar aan dit beginsel een hogere waarde toekomt :

- in tuchtzaken ;
- bij het nemen van maatregelen, ook al zijn het geen tuchtmaatregelen, die de rechtstoestand van een ambtenaar op ernstige wijze beïnvloeden ;
- ook al kan in beginsel pseudo-wetgeving geen bron van dergelijke rechten zijn wegens het ontbreken van een verbindend karakter, dan ligt dit anders waar die pseudo-wetgeving op grond van het hiërarchisch beginsel, voor ambtenaren wel als verbindend kan beschouwd worden.

Er zijn bovendien aanwijzingen dat de Raad van State aan pseudo-wetgeving, ook t.o.v. niet-ambtenaren een ruimere erkenning gaat geven (1).

- verder zijn er een aantal gevallen waar het beginsel in teksten van reglementaire aard verwoord is. Is deze tekst een wet in de formele zin, dan gaat het beginsel deel uitmaken van de tweede categorie. In andere gevallen komt aan het beginsel de waarde toe van de tekst die het bekrachtigt.

In de navolgende paragrafen wordt nader ingegaan op een aantal van deze rechtsbeginselen, meer bepaald op diegenen die rechtstreeks of onrechtstreeks een bescherming opleveren voor de rechtsonderhorige die als individu bij het administratief gebeuren betrokken is. Het continuïteitsbeginsel, hoe belangrijk ook, wordt daarom niet behandeld. Alhoewel zijn toepassing ongetwijfeld ook voordelig voor de burger kan zijn, blijken de bestaande toepassingen veeleer vanuit de optiek van het "algemeen belang" voort te komen, dan wel vanuit de zorg om de rechtsonderhorige te beschermen.

(1) Raad van State, 27 augustus 1972, n° 15469.

D. De bezwaren tegen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur

261.- Eerst worden nog de argumenten onderzocht van tegenstanders van de algemene beginselen.

Niet iedereen is gelukkig met de steeds ruimere toepassing van de algemene beginselen.

Met name Somerhausen is een verklaard tegenstander ervan.

Na een zestal beginselen ontleed te hebben, schrijft hij :

"We hebben een blik geworpen op zes gebieden, waar de rechtsleer aanwijzingen heeft menen te vinden dat de administratieve rechter zich vrijgevochten heeft tegenover de wet. Naar mijn mening heeft de Raad van State niet meer gedaan dan de wet toepassen volgens de klassieke methoden van de juridische redenering" (1).

Voor hem zijn dus de algemene beginselen een overbodig en nutteloos begrip.

Maar wat erger is, het is ook een gevaarlijk begrip :

"Het zal de lezer overigens niet ontgaan zijn dat ik kritisch sta tegenover die zogenaamd 'gedurfde' rechtspraak, die zich op de algemene beginselen beroept. Ik weet wel hoe men juristen die er niet helemaal gerust op zijn en bang zijn voor een 'rechtsregering' tracht te paaien. 'Les principes du droit n'ont jamais que la valeur de la loi ordinaire. Le juge, en les affirmant, ne saurait s'opposer en législateur'." (2).

Maar

"il n'y a que le premier pas qui coûte" (3).

En nog :

"De rechtsleer weet onder de algemene beginselen al een onderscheid te maken tussen die welke kracht van wet en andere die kracht van constitutie bezitten. Het gevaar is dus niet denkbeeldig dat we een richting uitgaan aan het eind waarvan de rechter onder het voorwendsel van wet-tigheid bewust opstaat tegen de wetten van het volk waaraan hij gehoorzaamheid heeft gezworen" (4).

262.- Maar ook de voorstanders van de algemene rechtsbeginselen onderkennen dit gevaar en laten niet na ertegen te waarschuwen.

(1) SOMERHAUSEN, *art. cit.*, p. 485.

(2) GANSHOF VAN DER MEERSCH, Le droit de défense, principe général de droit. Réflexions sur des arrêts récents. in : *"Mélanges en l'honneur de Jean Dabin"*, p. 607.

(3) SOMERHAUSEN, *art. cit.*, p. 485.

(4) SOMERHAUSEN, *art. cit.*, p. 486.

Zo schrijft Ganshof van der Meersch : "Le principe général non écrit ne permet pas au juge de se dispenser d'appliquer la loi" (1), en Huberlant wijst erop dat : "En Belgique, les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire sont particulièrement soucieux d'éviter tout empiètement sur la compétence du pouvoir législatif. Aussi, ils répugnent à faire application d'une règle de droit qu'ils ne peuvent pas puiser dans un texte, et ils s'efforcent de fonder chacune des solutions qu'ils adoptent sur une disposition précise" (2).

Onmiskenbaar zijn de algemene rechtsbeginselen een potentiële bron van rechterlijke machtsoverschrijding, en de waarschuwing van Somerhausen dat door de algemene beginselen per se op de vermoede wil van de wetgever te doen steunen, de rechter zich in feite in diens plaats gaat stellen, bevat enige grond van waarheid.

Terecht schrijft Mertens de Wilmars :

"Men mag zich niet ontveinzen dat de verheffing van regelen van bestuursfatsoen tot rechtsregelen - hoe graag men ook bereid is die weg op te gaan - noodzakelijk voor gevolg heeft dat de rechter ertoe gebracht wordt zijn beleidsoordeel te schuiven in plaats van datgene van het bestuur" (3).

En men kan eraan toevoegen : in datgene van de wetgever.

263.-- Deze bezwaren en opmerkingen kunnen er echter niet toe leiden de algemene rechtsbeginselen als onbestaande te beschouwen in de positiefrechtelijke zin van het woord zoals op pertinente wijze door Suetens en Ganshof van der Meersch wordt aangetoond (4). Niet alleen vindt men ze terug in de rechtspraak maar ook de wetgever zelf erkent hun bestaan, zoals bv. in artikel 2 van het Gerechtelijk Wetboek : "De in dit wetboek gestelde regels zijn van toepassing op alle rechtsplegingen, behoudens wanneer deze geregeld worden door niet uitdrukkelijk opgeheven wetsbepalingen of door rechtsbeginselen, waarvan de toepassing niet verenigbaar is met de toepassing van de bepalingen van dit wetboek".

(1) GANSHOF VAN DER MEERSCH, *art. cit.*, p. 567.

(2) HUBERLANT, *art. cit.*, p. 672.

(3) MERTENS DE WILMARS, *art. cit.*, p. 9.

(4) SUETENS, *art. cit.*, p. 392-393 ; GANSHOF VAN DER MEERSCH, *art. cit.*, p. 566.

De lering die men uit bovenstaande beschouwingen kan halen is dat het gevaar voor een rechtersregering via de algemene rechtsbeginselen, weliswaar niet volkomen ondenkbaar is, maar toch vooral niet overschat mag worden.

Somerhausen's vrees kan veeleer bewaarheid worden door de toetsing van wetten op hun constitutionnalité en daarvoor zijn reeds enige aanwijzingen (1). Het is hier evenwel niet de plaats om daar nader op in te gaan.

§ 3. HET MOTIVERINGSBEGINSEL

A. Definitie

264.- In de Belgische rechtsleer ontbreekt een nauwkeurige definitie van het motiveringsbeginsel, behalve bij Suetens, die de omschrijving van van der Horst en van de Poel overneemt : "... een besluit moet worden gedragen door de motivering die aan het besluit is gegeven" (2).

De oorzaak daarvan is het onderscheid dat rechtsleer en rechtspraak maken tussen formele motivering enerzijds, en hetgeen men bij gebreke van een andere term kan aanduiden als materiële of reële motivering.

Als regel moet een administratieve beslissing niet formeel gemotiveerd zijn, behoudens in een aantal gevallen waar later op teruggekomen wordt. Op grond daarvan slaat het motiveringsbeginsel op de materiële of reële motivering van de bestuurshandelingen.

-
- (1) Hof van Cassatie, 3 mei 1974, *R.W.*, 1974-1975, 77-108, met conclusies van Ganshof van der Meersch en noot van De Meyer ; Hof van Cassatie, 25 juni 1974, *R.W.*, 1974-1975, 108-122.
RIMANQUE, K., Overwegingen naar aanleiding van het cassatiearrest van 3 mei 1974 inzake Lecompte tegen de orde der geneesheren", *TBP*, 1974, p. 255-271.
VANWELKENHUYZEN A., L'attribution de pouvoirs spéciaux et le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, *J.T.*, 1974, p. 577-584 en 597-608.
- (2) SUETENS, *art. cit.*, p. 381 ;
VAN DER HORST en VAN DE POEL, *art. cit.*, p. 20.

Flamme omschrijft de formele motivering als volgt :

"Motiver une décision, qu'elle revête un caractère juridictionnel ou administratif, c'est extérioriser dans son corps même ses prémisses logiques, en droit comme en fait, c'est de la part de l'auteur de l'acte, faire apparaître à l'intention des intéressés la justification de la mise en oeuvre de sa compétence en fonction d'une situation déterminée" (1).

Een overvloedig aantal arresten van de Raad van State passen de regel toe dat bestuurshandelingen niet formeel gemotiveerd moeten zijn (2). Als verantwoording van die rechtspraak duidt Rémion aan "la nécessité du fonctionnement rapide des institutions" (3). De verplichting formeel te motiveren zou een doeltreffend overheidsoptreden in de weg staan (4).

Daaruit mag niet worden afgeleid dat de bestuurshandelingen helemaal geen motivering behoven. Dit drukt de Raad van State kernachtig uit, in een arrest van 17 mei 1972 : "dat geen wettelijke of reglementaire bepaling voorschrijft deze beslissing te motiveren ; dat evenwel een administratieve rechtshandeling verantwoord moet zijn" (5).

De grondslag van de verplichting die aldus aan het bestuur wordt opgelegd ligt in het toezichtsrecht van de Raad van State. Weerom moge een formulering van de Raad van State worden aangehaald, ditmaal uit een arrest van 9 november 1972 :

(1) FLAMME M.A., "Vers la codification de la procédure administrative", *Rev. adm.*, 1970, p. 237.

(2) Bv. Raad van State, 25 juni 1964, n° 10726
Raad van State, 5 juni 1962, n° 9429
Raad van State, 16 maart 1951, n° 781.

(3) REMION, *art. cit.*, p. 671.

(4) Het is eigenaardig dat dezelfde opwerping in Nederland tegen het openbaarheidsbeginsel wordt aangevoerd. KLINKERS heeft dit bezwaar op overtuigende wijze ontzenuwd (*op. cit.*, p. 77-86). In Amerika ontmoette Davis dezelfde moeilijkheden (*op. cit.*, p. 104-105), maar daar bleek dat met enige verbeeldingskracht bestuurlijke slagvaardigheid en motivering met elkaar te verzoenen waren. In zijn artikel "De motivering van de administratieve beslissingen en de rechtspraak van de Raad van Stat", *Annalen der Rechtsgeleerdheid en Staatswetenschappen - Annales de Droit et de Sciences Politiques*, 1951, p. 251-283), toont DE VISSCHERE zich een fervent voorstander van de beperking van de formele motiveringsplicht ten bate van de "administratieve doelmatigheid" (*t.a.p.*, p. 273).

(5) Raad van State, 17 mei 1972, n° 15304
Of nog : "overwegende ... dat ... terzake kan worden volstaan met de vaststelling dat iedere administratieve rechtshandeling door een wettelijk verantwoord motief moet zijn ingegeven" (Raad van State, 22 februari 1972, n° 15175).

"Overwegende dat de Raad van State, al mag hij zich qua beoordeling van de opportuniteit van de respectievelijke beslissingen niet in de plaats stellen van het bestuur dat tot de onderhandse verkoop van de betwiste percelen heeft besloten noch in die van de toeziende overheid, toch dient na te gaan of die overheden binnen de grenzen van hun beoordelingsbevoegdheid zijn gebleven, en bepaaldelijk of de bedoelde beslissingen niet steunen op gronden die, doordat ze onjuist zijn wat de feiten of recht betreft, geen verantwoording voor die beslissing kunnen opleveren" (1).

Volgens de Raad van State vereist het motiveringsbeginsel dus dat iedere bestuurshandeling gemotiveerd moet zijn, zowel wat de feiten betreft - die moeten juist zijn - als wat de juridische fundering van het overheids-optreden in het licht van de aangevoerde feiten aangaat.

265.- Daar de grondslag van het motiveringsbeginsel ligt in het toezichtsrecht van de Raad van State, zal een meer concrete benadering van de hoger gegeven definitie rechtstreeks afhankelijk zijn van de omvang van dat toezichtsrecht. Die omvang varieert wel eens, en dat kan dan de omvang van de motiveringsplicht beïnvloeden.

Tekenend voor de moeilijkheden die daarbij kunnen rijzen is het arrest van de Raad van State van 10 november 1970.

Bij een aanvraag om een bouwvergunning had de gemachtigde ambtenaar eerst een ongunstig advies gegeven dat gemotiveerd was als volgt : "Verdere bebouwing langs deze weg kan niet meer toegelaten worden". De aanvraag werd dus geweigerd door het college van burgemeester en schepenen. de aanvrager diende een nieuwe aanvraag in voor hetzelfde perceel en ditmaal gaf de gemachtigde ambtenaar een gunstig advies "gelet op de plaatselijke toestand". Het college reikte de vergunning uit, en daarop diende een buurman een verzoekschrift in bij de Raad van State om de vernietiging van de bouwvergunning te horen uitspreken. Een van de argumenten was de onvoldoende motivering van het gunstig advies van de gemachtigde ambtenaar.

Daarop overwoog de Raad van State

"dat weliswaar geen wettelijke of reglementaire bepaling voorschrijft dat de rechtshandeling waarbij de gemachtigde ambtenaar een ongunstig advies door een gunstig advies vervangt, naar de vorm moet gemotiveerd zijn ; dat iedere administratieve rechtshandeling door een wettelijk verantwoord motief moet zijn ingegeven ; ... dat noch de memories van de tegenpartijen en van de tussenkomende partij, noch enig stuk uit het dossier toelaten te besluiten dat zich sinds 31 maart 1967 (datum van het ongunstig advies)

(1) Raad van State, 9 november, 1972, n° 15560
MAROY P., *op. cit.*, p. 142.

in de plaatselijke toestand wijzigingen hebben voorgedaan die de intrekking van het ongunstig advies kunnen verantwoorden ; dat het bestreden advies weliswaar de vermelding bevat : "gelet op de plaatselijke toestand"; dat die vermelding echter elke concrete betekenis mist, vermits de bouwvergunning en het voorafgaand advies van de gemachtigde ambtenaar enkel in functie van de plaatselijke toestand kunnen worden gegeven en dat zowel wanneer de bouwvergunning gegeven of geweigerd wordt, als wanneer het advies gunstig of ongunstig luidt, de desbetreffende beslissing of het desbetreffend advies slechts gelet op de plaatselijke toestand kan genomen of gegeven worden ; dat hieruit volgt dat op redelijke grond moet aanvaard worden dat de bestreden rechtshandelingen door geen wettelijk aanvaardbaar motief zijn verantwoord" (1).

Het interessante van deze zaak is dat het auditoraat de mening toegedaan was dat de woorden "gelet op de plaatselijke toestand" als motivering wel volstonden.

Dit verschil van mening tussen het auditoraat en de Kamer toont wel aan dat een theoretische definitie van het motiveringsbeginsel niet volstaat om de omvang en toepassingsmodaliteiten van het beginsel vast te leggen.

266.- Een ander frappant voorbeeld geeft het arrest van 20 juni 1974, aangaande de hoogdringendheid die het bestuur kan inroepen om een maatregel uit te vaardigen zonder eerst het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State in te winnen. Tot dan toe aanvaardde de Raad van State dat het hem niet toekwam de feitelijke juistheid van die hoogdringendheid na te gaan. In dat arrest eigent de Raad zich die bevoegdheid wel toe. Zo wordt aan het motiveringsbeginsel op een tot dan toe daarvan vrijgesteld gebied van toepassing verklaard (2).

Trouwens nog andere elementen dragen ertoe bij de vraag naar de praktische omvang van de motiveringsplicht ingewikkeld te maken. Moeten beslissingen die in het kader van een gebonden bevoegdheid genomen worden, rechtsn gemotiveerd zijn ? (3) Is het wel mogelijk om feitelijke en juridische motivering te scheiden ? (4).

(1) Raad van State, 10 november 1970, n° 14342

(2) Raad van State, 20 juni 1974, n° 16488

(3) F. DE VISSCHERE, *art. cit.*, p. 262.

(4) Zie CAMBIER, La censure de l'excès de pouvoir par le Conseil d'Etat, Brussel, Larcier, 1961, t.I, 217-238.

Op blz. 230 vindt men : "Le contrôle de la légalité des décisions administratives implique, le plus souvent, l'examen de l'appréciation par l'administration des faits qui entourent l'accomplissement de ces actes. Le fait semêle au droit".

267.- Het blijkt dus niet voldoende een definitie van het motiveringsbeginsel te geven. Men zal moeten nagaan wat het in de praktijk betekent, en met name in hoeverre het voor de rechtsonderhorige een preventief beschermend element is in zijn betrekkingen met het bestuur.

In dit verband past nog een opmerking. Uit de voorgaande beschrijvingen is gebleken dat de motivering op de eerste plaats vereist is om de Raad van State de mogelijkheid te geven zijn toezicht naar behoren uit te oefenen, al gebeurt het dat de Raad van State de motivering soms ook eist omdat ze voorgeschreven is in het belang van de rechtsonderhorigen. Dit belet evenwel niet dat daardoor indirect ook voor degenen die met het bestuur te maken hebben, een grotere rechtsbescherming mogelijk is.

B. De formele motivering

1. Toepassingsgebied

268.- Rémion (1) onderscheidt drie gevallen waar formele motivering vereist is :

a) een wettelijke of reglementaire bepaling verplicht het bestuur bepaalde handelingen formeel te motiveren.

Als voorbeeld kan men aanhalen de weigeringen om een bouw- of verkavelingsvergunning toe te staan (2).

b) de aard zelf van de akte eist dat zij haar motivering bevat. Dit geldt op de eerste plaats voor de uitspraken van de administratieve rechtscolleges. Voor het Hof van Cassatie steunde deze verplichting op artikel 97 van de Grondwet (3), maar sinds het arrest van 9 oktober 1959 lijkt

(1) REMION, *art. cit.*, p. 673-685.

(2) Wet van 29 maart 1962, art. 44 § 5, 55 § 3, 57 § 1, zoals gewijzigd door de wet van 22 december 1970.

(3) bv. Hof van Cassatie, 19 december 1876, *Pas.*, 1877, I, 44; 2 januari 1877, *Pas.*, 1877, I, 62; 8 januari 1877, *Pas.*, 1877, I, 69; 5 maart 1877, *Pas.*, I, 138; 26 januari 1880, *Pas.*, 1880, I, 61; 25 juni 1883, *Pas.*, 1883, I, 287; 22 november 1886, *Pas.*, 1887, I, 6; 27 december 1886, *Pas.*, 1887, I, 33; 23 mei 1893, *Pas.*, 1893, I, 243; 26 februari 1900, *Pas.*, 1900, I, 162; 12 oktober 1908, *Pas.*, 1908, I, 325; 20 oktober 1921, *Pas.*, 1922, I, 31; 16 januari 1922, *Pas.*, 1922, I, 133; 13 februari 1922, *Pas.*, 1922, I, 168; 3 juli 1922, *Pas.*, 1922, I, 381; 7 oktober 1935, *Rev. adm.*, 1936, p. 86.
LENAERTS H. : "De administratieve rechtscolleges en de artikelen 96 en 97 van de Grondwet", *T.B.P.*, 1957, p. 276-279.

het Hof zijn stelling te steunen veeleer op het beginsel zelf dan wel op artikel 97 van de Grondwet (1).

Voor de Raad van State vloeit de motiveringsplicht voort uit de aard zelf van de rechtsprekende handeling (2).

Op de tweede plaats zijn er de rechtshandelingen die niet uitgaan van rechtsprekende organen, maar die, omwille van de procedure die eraan voorafgaat, als quasi-jurisdictioneel beschouwd kunnen worden (3).

Als voorbeeld citeert Rémion tuchtrechtelijke beslissingen, maar hij voegt eraan toe dat de Raad van State thans niet meer de formele motivering in tuchtzaken eist. Zijn verklaring voor deze evolutie is dat de Raad van State geleidelijk aan zich verder waagde op het pad der feitencontrole en daardoor minder nood voelde aan een formele motivering ; de Raad zoekt de motieven in het dossier zelf (4). Centraal staat het arrest Wintraecken, waar de Raad stelt dat zelfs in tuchtzaken formele motivering als zodanig niet vereist is, maar waar de Raad tegelijkertijd de beslissing op haar materiële motivering onderzoekt (5).

c) formele motivering is niet vereist door een bepaling van wettelijke of reglementaire aard, maar de bepaling waar de handeling op steunt, maakt deze afhankelijk van het bestaan van zekere voorwaarden.

Rémion preciseert dit als volgt :

"Dans des matières relatives principalement à la police (ce mot étant compris dans un sens large) et à la discipline, certains textes attribuent des compétences en fonction de certaines circonstances ou lorsque telle ou telle condition est remplie. L'autorité, dans ces cas, à l'obligation de préciser, dans l'acte lui-même, si la circonstance qui lui permet de agir existe ou si la condition mise à sa compétence est remplie" (6).

- (1) Hof van Cassatie, 9 oktober 1959, met de conclusies van Hayoit de Termicourt afgedrukt in de *Pasicrisie*, 1960, I, 170 ;
Reeds LENAERTS in de in vorige voetnoot vermeld artikel, was voorstander van dat standpunt. Zijns inziens geldt artikel 97 van de Grondwet alleen voor de organen van de rechterlijke macht, waartoe de administratieve rechtscolleges niet behoren. In dezelfde zin, Ganshof van der Meersch, *art. cit.*, p. 586.
- (2) Raad van State, 6 maart 1953, n° 2258.
LENAERTS, *art. cit.*, p. 279.
- (3) REMION, *art. cit.*, p. 678.
CAMBIER, *op. cit.*, p. 135.
- (4) REMION, *art. cit.*, p. 681.
- (5) Raad van State, 25 juli 1968, n° 13121.
- (6) REMION, *art. cit.*, p. 681.

Als voorbeelden citeert hij artikel 97 van de Gemeentewet dat aan het college van burgemeester en schepenen de politie over de vertoningen toekent, uitwijzing en terugwijzing van vreemdelingen, sommige tuchtmaatregelen tegen militairen, het ambtshalve ontslag van ambtenaren, een bepaling i.v.m. het innen van onrechtstreekse belastingen.

In deze gevallen is de omvang van de formele motiveringsplicht eerder beperkt. Rémion merkt op :

"Il s'agit incontestablement d'une motivation formelle, même si elle ne consiste qu'en une simple constatation sans aucun élément pour l'appuyer" (1).

269.- Laat men de gevallen waar een tekst de motivering voorschrijft, buiten beschouwing, dan blijven er in feite twee categorieën bestuurshandelingen over, waar formele motivering verplicht is :

- bestuurshandelingen die rechtsprekend of quasi-rechtsprekend van aard zijn ;
- bestuurshandelingen wier wettelijkheid afhankelijk is van bepaalde omstandigheden of voorwaarden.

De omvang van de motiveringsplicht zal voor de eerste categorie "une motivation spéciale" zijn , voor de tweede categorie "une motivation générale", om de woorden van Cambier te gebruiken (2).

2. Omvang

270.- Maar met het aanduiden van de gevallen waar bestuurshandelingen formeel gemotiveerd horen te zijn, is nog niet alles gezegd.

Van minstens even groot belang als de vraag naar het bestaan van de formele motiveringsplicht is de vraag naar de omvang van die plicht.

Daar maakt de Raad van State een onderscheid alnaargelang het orgaan dat een beslissing te nemen heeft al dan niet een rechtscollege is.

(1) REMION, *art. cit.*, p. 685.

(2) CAMBIER, *op. cit.*, p. 219-220.

a) De formele motiveringsplicht van administratieve rechtscolleges

271.- Op dit punt is er een uitgebreide rechtspraak van de Raad van State (1). Zoals Lenaerts schrijft, moet het administratief rechtscollege de hem voorgelegde betwisting grondig en in haar geheel onderzoeken, zodat de motivering volledig moet zijn (2).

Dit houdt in, dat wat betreft de motivering in rechte, de toepasselijke rechtsregels aangeduid moeten worden. Is de toepassing van een rechtsregel afhankelijk van bepaalde voorwaarden, dan moet nagegaan worden of die voorwaarden vervuld zijn. De rechter moet de door partijen opgeworpen rechtsmiddelen beantwoorden (3).

Wat de aanhet geding ten grondslag liggende feiten betreft, moet de rechter eveneens antwoorden op de conclusies van partijen inzover daarin een bepaalde interpretatie van de feiten wordt voorgehouden (4).

De feitelijke en de juridische motivering moeten met elkaar in overeenstemming zijn (5).

Voor meer details moge naar de uitstekende verhandeling verwezen worden, die Lenaerts in het Administratief Lexicon aan dit onderwerp gewijd heeft onder het trefwoord "Administratieve rechtscolleges".

Verdere uitweiding op deze plaats over dit onderwerp zou niet alleen een herhaling zijn van Lenaerts grondige analyses, er is ook nog dat aan de geschillen beslechting door administratieve rechtscolleges reeds een "gewone" administratieve besluitvorming is voorafgegaan, zodat de werking van deze rechtscolleges niet meer thuishoort in het kader van een preventieve rechtsbescherming.

(1) LENAERTS, De Administratieve rechtscolleges, in : *Administratief Lexicon*, n° 108-122.

(2) LENAERTS, *op. cit.*, n° 108

(3) LENAERTS, *op. cit.*, n° 110-111

(4) LENAERTS, *op. cit.*, n° 114

(5) LENAERTS, *op. cit.*, n° 118

b) Formele motiveringsplicht voor het "aktief" bestuur

272.- Terecht schrijft Rémion :

"La jurisprudence du Conseil d'Etat concernant l'étendue de la motivation est extrêmement souple.

On le comprend facilement lorsqu'on sait qu'au moment où il statue, le Conseil d'Etat est en possession du dossier administratif qui vient corroborer les éléments de la motivation formelle. Cette souplesse rend difficile tout essai de synthèse (1).

Het is begrijpelijk dat naargelang de Raad van State een diepergaand toezicht uitoefent op de reële motivering van bestuurshandelingen, de nauwkeurige precisering van de formele motiveringsplicht, vanuit het standpunt van het rechterlijk toezicht, minder nodig lijkt. Vanuit het standpunt van de preventieve rechtsbescherming is deze evolutie te betreuren, zoals verder zal worden aangetoond.

Rémion geeft een aantal elementen aan van de formele motiveringsplicht, zoals die uit de rechtspraak van de Raad van State kunnen afgeleid worden (2) :

1. Het onderzoek van het dossier (!) moet geen enkele twijfel overlaten aangaande het preciese motief van de beslissing.
2. Gaat aan de beslissing een advies vooraf, dan moet, wanneer afgeweken wordt van dit advies, aangegeven worden waarom dit gebeurt. Motivering is niet vereist wanneer het advies gevolgd wordt.
3. Het toezicht op de motivering is omgekeerd evenredig met de mate van discretionnaire bevoegdheid die aan het bestuur is toebedeeld.
4. Soms volstaat de verwijzing naar de wettelijke of reglementaire teksten waar de beslissing op steunt.
5. Zo de bestuurshandeling tot stand komt in het kader van een quasi-rechtsprekende procedure, dan is de formele motiveringsplicht uitgebreider. Met name moet de overheid aantonen rekening te hebben gehouden met alle gegevens nodig voor een objektieve beoordeling van de zaak (3).

(1) REMION F., *art. cit.*, p. 685.

(2) REMION F., *art. cit.*, p. 685-686.

(3) LENAERTS H., La législation sur les établissements dangereux, insalubres au incommode, *Mouvement Communal*, 1968, p. 751.

273.- Cambier slaagt er evenmin in een precieze omschrijving van de omvang van de motiveringsplicht te geven. Na een aantal voorbeelden gegeven te hebben die voornamelijk betekking hebben op de fundamentele rechten en vrijheden, schrijft hij :

"Ce ne sont là que quelques exemples de cas où, sans devoir comporter une indication spécialement motivée des raisons qui l'ont déterminé et justifié, l'acte n'en doit pas moins apporter à la révélation de ses antécédents et de ses mobiles une certaine contribution qui ne peut manquer d'aider à l'administration de la preuve incombant à la partie qui en conteste la légalité" (1).

Het onderscheid tussen "motivation spéciale" en "motivation générale" wordt door hem niet toegemeten op de praktijk.

274.- In feite is men niet veel verder geraakt dan de vaststelling die De Visschere reeds in 1951 maakt :

"Wanneer de motivering ten aanzien van de feiten uitdrukkelijk wordt voorgeschreven, eist de Raad van State, naar een reeds vaste rechtspraak, dat concrete feiten tot staving van de beslissing worden aangevoerd" (2);

en nog :

"Wordt de motivering niet uitdrukkelijk voorgeschreven, dan kan gemakkelijk twijfel rijzen omtrent de inhoud, die aan deze motivering moet gegeven worden. De motiveringsverplichting berust louter op de wetsinterpretatie en is dan ook onduidelijker ...

Ofschoon de in deze arresten aangewende termen enigszins vaag zijn, is er enige reden om eruit te besluiten, dat precieze feiten moeten worden aangeduid, die de genoemde 'beslissingsvoorwaarden' uitmaken' (3).

275.- Bij Sarot vindt men eveneens een opsomming van moeilijkheden die een systematisering van de omvang van de formele motivering in niet-betwiste zaken in de weg staan. Als elementen die bepalend zijn voor die omvang noemt hij : de materie, de vereisten van de wet, andere elementen, waaronder : formele motivering is minder nodig als het dossier een stevige feitelijke motivering bevat, als er geen betwisting is over de relevante feiten, als er verwezen wordt naar een voorafgaand advies of rechterlijke uitspraak. In tuchtzaken is de verwijzing onvoldoende wanneer afgeweken wordt van het advies, of wanneer de inhoud ervan niet aan de belanghebbende werd medegedeeld (4).

(1) CAMBIER, *op. cit.*, p. 220-221.

(2) DE VISSCHERE, *art. cit.*, p. 270.

(4) SAROT, *Répertoire des arrêts et avis du Conseil d'Etat 1954-1958*, Brussel, Bruylant, 1962, p. 211-212.

(3) DE VISSCHERE, *art. cit.*, p. 271-272.

Vervolgens gaat hij voor bepaalde materies de omvang van de motiveringsverplichting na :

- Statuut van het Rijkspersoneel

Reglementen die van dit statuut afwijken moeten gemotiveerd zijn. De artikels waarvan afgeweken wordt moeten evenwel niet aangeduid worden.

Benoemingen op grond van artikel 18 moeten gemotiveerd zijn. De vermelding dat de voorgeschreven formaliteiten nageleefd werden is een voldoende motivering.

Het advies van de beroepscommissie, inzake signalement van een ambtenaar, is onvoldoende gemotiveerd wanneer geen rekening werd gehouden met de opmerkingen van de ambtenaar aangaande de draagwijdte van de maandelijkse werkverslagen, en wanneer het steunt op een te vaag geformuleerd verslag van de hiërarchische superieur.(1).

- Tuchtzaken

De motivering moet nauwkeurig en juist genoeg zijn om de Raad van State in de gelegenheid te stellen zijn toezicht uit te oefenen.

Afwijkingen van adviezen moeten de reden aanduiden waarom van het advies wordt afgeweken.

Inzake herziening van een tuchtstraf moeten de argumenten van de verzoeker beantwoord worden.

De motivering moet de ten laste gelegde feiten doen kennen, maar is voldoende wanneer het dossier samen met de beslissing de argumenten van de ambtenaar weerleggen, op voorwaarde dat de ambtenaar het dossier kende.

Verwijzing naar een rechterlijke uitspraak volstaat als motivering.

Het is niet nodig de bepalingen waarop de bevoegdheid van de tuchtoverheid steunt, in de beslissing aan te duiden.

Evenmin, is vereist om al de argumenten van de verzoeker te beantwoorden, met name niet die argumenten die zonder belang worden in het licht van de feiten die de overheid, die het tuchtrecht uitoefent, heeft vastgesteld.

(1) SAROT, *op. cit.*, p. 212-213.

De onnauwkeurigheid van een enkel motief is voldoende om de vernietiging van de sanctie te rechtvaardigen, wanneer dat ene motief een invloed kan gehad hebben (1).

- Bestuurlijk toezicht

Vernietiging van een beslissing van een onder toezicht staande overheid wegens schending van het algemeen belang, moet steunen op in de beslissing vermelde feiten die aantonen hoe dat algemeen belang geschonden werd (2).

- Uitdrijving van vreemdelingen

In het uitdrijvingsbesluit moeten niet de feiten die tot dat besluit geleid hebben, aangeduid zijn, maar wel de wettelijke bepalingen waarop dat besluit steunt (3).

- Gevaarlijke, ongezonde en hinderlijke bedrijven.

- Politie (in het algemeen)

Het verbod tot het geven van een voorstelling moet de buitengewone feiten aanduiden waar het op steunt (4).

- Adviezen

Wanneer een wet of reglement tot het inwinnen van gemotiveerde adviezen verplicht, waakt de Raad erover dat die adviezen inderdaad uitgebracht en gemotiveerd zijn.

Sarot zegt evenwel niet of de beslissing de inhoud van dat advies moet overnemen.

(1) SAROT, *op. cit.*, p. 213-214.

(2) SAROT, *op. cit.*, p. 214-215.

(3) SAROT, *op. cit.*, p. 215.

(4) SAROT, *op. cit.*, p. 215.

Wel signaleert hij een geval, waar de Raad van oordeel was dat een commissie die advies moest uitbrengen over de toelating van een stagiair, dat alleen kon doen op geldige wijze, wanneer zij in het bezit was van alle feiten die de stagiair ten laste werden gelegd, en wanneer deze de gelegenheid had gehad om zich te verdedigen (1).

276.- Het overzicht van rechtsleer en rechtspraak leert dat het welhaast onmogelijk is de omvang van de formele motiveringsplicht in niet betwiste zaken te bepalen.

Er zijn teminste twee elementen die dit kunnen verklaren :

1. Er is in de rechtspraak van de Raad van State een evolutie die leidt tot een verdergaand toezicht van de Raad op het bestuur, niet alleen inzake de wettelijkheid van bestuurshandelingen, maar ook van de feiten die eraan ten grondslag liggen en zelfs van hun opportuniteit (2). Dit toezicht is mogelijk, niet zozeer door de beslissing zelf te onderzoeken, als door het uitpluizen van het dossier dat erop betrekking heeft. Daarom zal de Raad minder streng zijn wat betreft de formaliteiten die met betrekking tot de beslissing zelf moeten worden nageleefd.

2. Naast een onmiskenbare neiging van de Raad van State om de rechtsonderhorige te beschermen tegen verkeerde, willekeurige, of zelfs maar onnauwkeurige bestuurshandelingen, heeft de Raad ook begrip voor de noden van de administratie. Zou men de administratie verplichten om al haar - schriftelijke - handelingen formeel te motiveren, dan betekent dit voor het bestuur - althans kan betekenen - : vertraging, bijkomende formaliteiten, meer uitgaven. Bij het afwegen van de belangen van de burger enerzijds, het bestuur anderzijds, meent de Raad niet aan deze laatste de formele motivering te moeten opleggen. Deze keuze wordt aanzienlijk vergemakkelijkt door het onder 1) hierboven vermelde (3).

Met name De Visschere heeft zich een resoluut tegenstander getoond van de uitbreiding van de formele motiveringsplicht ten nadele van de administra-

(1) SAROT, *op. cit.*, p. 215-216.

(2) LAMBRECHTS W., "Een kwarteeuw rechtspraak van de Raad van State, rechtsvergelijkend beschouwd", VOHIBA, Antwerpen, 1974, p. 29 en 35-37.

(3) REMION F., *art. cit.*, p. 671.

tieve doelmatigheid (1).

277.- Daaruit kan men de volgende "lignes générales" afleiden, die Rémion in zijn rapport aanduidt als volgt (2) :

(a) wanneer de formele motiveringsplicht bestaat, moet de motivering juist zijn en de Raad in staat stellen zijn toezicht uit te oefenen.

(b) het toezicht van de Raad op de motiveringsplicht is omgekeerd evenredig met de mate van discretionnaire bevoegdheid waar het bestuur over beschikt.

Daar horen logisch bij de gevallen waarvan Rémion zegt dat de Raad als enige motivering vereist het aanduiden van de wettelijke bepalingen waar de beslissing op steunt.

(c) de motiveringsplicht is strenger wanneer de procedure van totstandkoming van de beslissing quasi-rechtsprekend is. Daardoor staat deze vorm van beslissingen dicht bij de rechtsprekende handeling, die wegens haar aard zelf moet gemotiveerd zijn (3) en waar de invloed van de twee bovengenoemde elementen dus minder groot zal zijn.

Wat Rémion aanduidt als de verplichting om in de beslissing zelf aan te duiden waarom men van een voorafgaand advies afwijkt, gaat enigzins in tegen de geschetste evolutie.

(1) DE VISSCHERE, *art. cit.*, p. 274-277.

Het voorbeeld dat hij geeft om de gevolgen aan te duiden van de veralgemening van de motiveringsplicht, voorbeeld dat hijzelf "enigzins triviaal" noemt, nl. dat "niet (kan) worden ingezien hoe de verkeersagent, die op de openbare weg bevelen staat te geven aan de voorbijgangers voortdurend de motieven van zijn optreden aan zijn onwillig gehoor zou moeten of kunnen diets maken", is in feite niet relevant. De motivering slaat allereerst op de schriftelijke bestuurlijke beslissingen, trouwens het communicatiemiddel dat de administratieve voorkeur heeft. Motivering van mondelinge en eventueel andere niet-schriftelijke beslissingen is eveneens wenselijk, maar minder noodzakelijk, enerzijds omdat er (vaak) een persoonlijk contact is tussen ambtenaar en burger, waar de motivering spontaan of na vraag gegeven wordt, anderzijds omdat dergelijke beslissingen gewoonlijk schriftelijk bevestigd worden.

(2) Zie hiervoor p.

(3) Raad van State, 6 maart 1952, n° 2258.

LENAERTS, *Administratieve rechtscolleges*, p. 38 ; De administratieve rechtscolleges en de artikelen 96 en 97 van de Grondwet, *TBP*, 1957, p. 276 ; GANSHOF VAN DER MEERSCH, *art. cit.*, p. 586.

Het bestaan van deze vereiste kan verklaard worden, niet omwille van het toezichtsrecht van de Raad van State, maar vanuit de overweging dat het advies gewoonlijk integrerend deel is, zij het enigszins geformaliseerd, van de ambtelijke voorbereiding van de beslissing, en dat wanneer in die voorbereidingsfase tegenstrijdigheden bestaan, de uiteindelijke beslissing die deze tegenstrijdigheden beslecht, een strakkere motivering behoeft dan wanneer dit niet het geval is.

Aan deze beschrijving van de omvang van de motiveringsverplichting kan nog toegevoegd worden dat, zoals Sarot opmerkt (1), het bestuur niet verplicht is om al de argumenten die van welke zijde dan ook naar voren zijn gebracht, te beantwoorden. Het volstaat dat de motivering zoals die in de beslissing voorkomt voldoende is (2). Ook deze houding vindt haar rechtvaardiging in de zorg om het bestuurlijk beslissingsproces niet overmatig te verzwaren.

C. De reële of materiële motivering

1. Toepassingsgebied

278.- Reeds hiervoor werd gezegd (3) dat iedere bestuurshandeling verantwoord moet zijn.

Het principe zelf van de motivering wordt in een aantal arresten van de Raad van State onder woorden gebracht: "Overwegende ... dat iedere administratieve rechtshandeling door een wettelijk verantwoord motief moet zijn ingegeven" (4) ; "dat evenwel een administratieve rechtshandeling verantwoord moet zijn" (5) ; "dat elke beslissing van de overheid op beweegredenen moet gesteund zijn die hetzij in de beslissing zelf hetzij uit het administratief dossier van de zaak moeten blijken" (6).

(1) SAROT, *op. cit.*, p. 214.

(2) Raad van State, 8 december 1960, n° 8255.
Raad van State, 27 maart 1973, n° 15773.

(3) zie p. 226 en voetnoot (5).

(4) Raad van State, 22 februari 1972, n° 15175.

(5) Raad van State, 17 mei 1972, n° 15304

(6) Raad van State, 12 maart 1973, n° 15752.

De vraag naar het toepassingsgebied van de plicht tot reële motivering kan dus een eenvoudig antwoord krijgen : alle bestuurlijke rechtshandelingen zonder uitzondering moeten gemotiveerd zijn.

279.- De grondslag van de verplichting is het toezichtsrecht van de Raad van State. Aan die algemene verplichting doet niets af de ongelukkige formulering die voorkomt in het reeds geciteerde arrest van 10 november 1970 (1) : "dat iedere administratieve rechtshandeling door een wettelijk verantwoord motief moet zijn ingegeven ; dat de administratie in bepaalde en uitzonderlijke omstandigheden ertoe kan gehouden zijn, om het jurisdictioneel toezicht van de Raad van State mogelijk te maken, de gronden van haar beslissing kenbaar te maken, ook wanneer die wet haar die verplichting niet formeel oplegt".

Opgemerkt weze dat de motiveringsplicht zelf onverkort gehandhaafd wordt, maar de verplichting om de motieven alleen maar in bepaalde en uitzonderlijke omstandigheden aan de Raad te moeten mededelen, brengt het gevaar mee dat het bestuur, wanneer die omstandigheden niet voorhanden zijn, de motivering wel eens helemaal achterwege zou kunnen laten : er is dan toch geen sanctie. De conclusie dat die beperking in de mededelingsplicht ook een beperking van de motivering zelf betekent is ten onrechte getrokken door Lambrechts (2).

Deze opvatting moet met kracht bestreden worden. Uit de arresten van de Raad van State blijkt zonder enige ruimte voor twijfel dat alle bestuurs-handelingen gemotiveerd moeten zijn. De ongelukkige formulering in het besproken arrest is misschien te verklaren doordat in dat geval de administratie over een uitzonderlijk grote mate van discretionnaire bevoegdheid beschikte, waardoor de Raad zich tevreden zou kunnen stellen met een summier motivering, om te vermijden de indruk te wekken dat hij zich in de plaats van het bestuur wil stellen.

Alleszins heeft de Raad, ook in dit geval, het principe zelf van de motivering, hoe summier dan ook, veilig gesteld. Het is trouwens van belang te noteren dat in onderhavig geval geen enkele motivering voorhanden was, hetgeen tot de vernietiging van de bestreden bestuurshandeling heeft geleid.

(1) Raad van State, 10 november 1970, n° 14342 ; zie voetnoot

(2) LAMBRECHTS, *art. cit.*, p. 29.

2. Elementen en omvang van de motivering

280.- Men kan in de reële motivering drie elementen onderscheiden.

- de feitelijke motivering
- de juridische motivering
- de band tussen juridische en feitelijke motivering.

Het onderscheid tussen juridische en feitelijke motivering is maar relatief, en in zekere zin artificieel (1). Feiten moeten immers geïnterpreteerd worden.

Maar toch, omdat het bestuur gewoonlijk maar handelt als bepaalde voorwaarden aanwezig zijn, is het onderscheid feitelijk motivering (zijn de toepassingsvoorwaarden vervuld) - juridische motivering (werd de rechtsregel correct toegepast) verantwoord.

a) De feitelijke motivering

1. Iedere bestuursbeslissing moet op feiten steunen, die werkelijk bestaan.

281.- Ook daar waar geen wettelijke of reglementaire bepalingen preciese feiten vereisen vooraleer het bestuur kan handelen, moeten er bepaalde, werkelijk bestaande feiten zijn waarop het overheidsoptreden steunt (2).

Zo oordeelde de Raad van State dat de omgeving van een bedrijf, dat vergunningsplichtig is in het kader van de reglementering op de ongezone, hinderlijke en gevaarlijke bedrijven een feit is dat de vergunnende overheid in haar besluitvorming moet betrekken en wel zo dat de omgeving juist voorgesteld moet zijn (3).

Evenzo moeten advies nopens het ontstaan van een nieuwe betrekking van een adjunct-adviseur op juiste feiten steunen (4).

Zelfs wanneer de overheid over een discretionnaire bevoegdheid beschikt om over de opportuniteit van een maatregel te oordelen, moet die maatregel op wettelijk aanvaardbare motieven steunen (5).

(1) CAMBIER, *op. cit.*, p. 226.

(2) MAROY, *art. cit.*, p. 142.

(3) Raad van State, 5 juni 1973, n° 15902.

(4) Raad van State, 20 november 1972, n° 15580.

(5) Raad van State, 4 mei 1972, n° 15283.

De feiten waarop een bestuursbeslissing steunt mogen niet "onwaarachtig" zijn, of niet "zich materieel niet hebben kunnen voorgedaan" (1).

Uit de rechtspraak van de Raad van State kan men afleiden dat, ook wanneer er geen precieze feitenvoorwaarden gesteld zijn, de overheid haar beslissing hoort te gronden op die feiten die een determinerende invloed op de uiteindelijke beslissing kunnen hebben (2). Welke feiten bij een gegeven beslissing als determinerend te beschouwen zijn, moet men opmaken uit het doel en de strekking van de wettelijke en reglementaire bepalingen in het kader waarvan de beslissing genomen wordt. Die feiten moeten juist zijn, d.w.z. zowel dat ze bestaan, als dat de voorstelling die ervan gegeven wordt met de werkelijkheid strookt.

- 282.- 2. Stellen wet of reglement voorwaarden aan het optreden van de overheid dan moeten die voorwaarden vervuld zijn, en de interpretatie van de voorwaarden moet met de werkelijkheid overeenstemmen.

Cambier onderscheidt in de rechtspraak van de Raad van State drie trappen i.v.m. toezicht op feitelijke voorwaarden (3).

De eerste is een zuiver legaliteitstoezicht, en betreft de gevallen waar het bestuur zich een bevoegdheid toekent die het niet heeft, ofwel zich vergist nopens de aard en omvang van zijn bevoegdheid.

Als voorbeeld van de eerste soort haalt hij aan het verbod van bepaalde filmvoorstellingen door het college van burgemeester en schepenen, waarbij het college de toepassingsvoorwaarden van artikel 97 van de Gemeentewet verkeerd interpreteert (4).

Vergissing omtrent de omvang van de bevoegdheid, stoelend op een te enge interpretatie van toepassingsvoorwaarden, leidde tot vernietiging van een ministerieel besluit dat weigerde een laattijdige aanvraag tot regularisatie van bankbiljetten in overweging te nemen (5).

(1) Raad van State, 8 juni 1966, n° 11865

(2) Dit is op te maken uit het in voetnoot vermelde arrest.

(3) CAMBIER, *op. cit.*, p. 229-238.

(4) CAMBIER, *op. cit.*, p. 230 ; Raad van State, 9 mei 1949, n° 44 ; Raad van State, 23 januari 1950, n° 225 ; Raad van State, 27 november 1950, n° 588 ; Raad van State, 1 december 1952, n° 1994.

(5) CAMBIER, *op. cit.*, col. 230 ; Raad van State, 3 april 1950, n° 314.

Deze voorbeelden tonen het kunstmatige aan van het onderscheid tussen juridische en feitelijke motivering. Men kan namelijk met evenveel recht beweren dat niet de feiten, maar wel de rechtsregel verkeerd geapprecieerd werd.

Een tweede trap van toezicht betreft de appreciatie van de feiten door het bestuur, wanneer deze feiten de toepasselijkheid van de regel, of de wijze van toepassing van een rechtsregel bepalen, of nog beide samen.

Bij de voorbeelden die Cambier geeft (wat is leurhandel ? wat is bouwen , herbouwen of afbreken ? wanneer is een bal publiek of privé ? enz.) kunnen nog gevoegd worden : wat zijn "onaanvaardbare prijzen" ? (1) ; wat is een "ongezonde woning" ? (2); wat betekent "de plaatselijke toestand" ? (3).

Vanzelfsprekend impliceert de verplichting om de precieze toepassingsvoorwaarden op juiste wijze te appreciëren, de verplichting om überhaupt na te gaan of die toepassingsvoorwaarden voorhanden zijn (4).

Tenslotte, in een derde trap, kan de Raad de feitelijke motivering controleren van de opportuniteit van een bestuurlijke beslissing.

Als voorbeelden citeert Cambier de hoogdringendheid, als factor bij het afsluiten van onderhandse leverings- en aanbestedingscontracten, i.p.v. de gebruikelijke weg van de openbare aanbesteding te volgen ; het begrip "openbaar nut"; de vereisten van het "algemeen belang"; de beoordeling van de "noodzakelijkheid" (5).

(1) Raad van State, 9 november 1973, n° 16099.

(2) Raad van State, 28 april 1966, n° 11779. Merkwaardig is de formulering die de Raad hier gebruikt : "Overwegende dat de Raad van State niet heeft uit te maken of een huis al dan niet een ongezonde woning is en evenmin of het, naar zijn mening, inderdaad als zodanig kan beschouwd worden, doch enkel of de bevoegde bestuursoverheid errechtmatig toe gekomen is in de voor de Raad bestreden beslissing die kwalificatie van "ongezonde woning" aan een bepaald huis te geven en of die overheid, zich steunend op die kwalificatie, er rechtmatig toe gekomen is de in de beslissing opgenomen maatregelen op te leggen."

(3) bv. Raad van State, 10 november 1970, n° 14342.

(4) bv. Raad van State, 22 februari 1952, n° 1317 ; CAMBIER, *op. cit.*, p. 232.

(5) CAMBIER, *op. cit.*, 233-237.

283.- Twee opmerkingen kunnen i.v.m. de verplichting tot feitelijke motivering nog gemaakt worden :

1. In een aantal van deze arresten werkt de marginale toetsing in dezelfde zin als in Nederland, namelijk als een beperking van 's rechters toezicht, vooral in die gevallen waar het overheidsoptreden niet van precieze feitenvoorwaarden afhankelijk gemaakt is. De feiten moeten niet van zodanige aard zijn dat zij als het ware de overheid geen keuze laten bij het nemen van de beslissing : het is voldoende dat de voorstelling van de feiten en de beslissing op redelijke wijze afgeleid kunnen worden uit de feiten zoals ze zich in werkelijkheid hebben voorgedaan (1).

Op de plaats van de marginale toetsing in de preventieve rechtsbescherming wordt verderop teruggekomen.

2. Er is sedert het tijdstip waarop Cambier's boek verschenen is, een duidelijke evolutie in de rechtspraak van de Raad van State naar een uitbreiding van de controle op de opportuniteit van bestuurshandelingen, zelfs op politiek gevoelige gebieden. Tekenend voor deze evolutie is het arrest van 20 juni 1974, inzake het inroepen van de hoogdringendheid ten einde de verplichting te vermijden het advies van de Raad van State in te winnen voorafgaandelijk aan het nemen van organieke en reglementaire uitvoeringsbesluiten (2) (3). Tot dan toe had de Raad van State geweigerd de werkelijkheid van de ingeroepen hoogdringendheid te onderzoeken. In dat arrest evenwel vernietigt de Raad een koninklijk besluit dat zonder het advies van de Raad van State genomen was, omdat de ingeroepen hoogdringendheid niet met de werkelijkheid strookte, en aldus de betekenis miskende die de wetgever aan dat begrip had toegekend.

Een soortgelijke uitbreiding van het toezicht door de Raad van State vindt men op het gebied van de onteigeningen. In een arrest van 11 december 1973 vernietigde de Raad van State een koninklijk besluit dat een onteigening door de stad Bergen toestond, omdat het

(1) bv. Raad van State, 8 juni 1966, n° 11865
 Raad van State, 10 juli 1973, n° 15961
 Raad van State, 12 december 1972, n° 15612.

(2) Raad van State, 20 juni 1974, n° 16488.
 Zie ook Raad van State, 30 maart 1973, n° 15794.

(3) Artikel 3 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

"toezicht op de wettigheid van een koninklijk besluit tot onteigening ten algemene nutte mede de bevoegdheid inhoudt om na te gaan of degene die de handeling heeft verricht binnen de grenzen van zijn beoordelingsbevoegdheid is gebleven en of zij het begrip "algemeen belang" als bedoeld in de Grondwet en de wet juist heeft toegepast, en omdat in casu 'een met zodanig doel verricht onteigening (namelijk het overdragen van de onteigende goederen in erfpacht ter exploitatie van een parkeergarage), geen onroerende goederen als voorwerp heeft die voor openbaar gebruik bestemd zijn en dus geen oogmerk van algemeen nut nastreeft ..."(1)

Men merke wel op dat in dit laatste geval de Raad er zich toe beperkt vast te stellen dat de aangehaalde feiten niet in het begrip "openbaar nut" gevat kunnen worden, m.a.w. hij doet niet meer dan zeggen wat tot het begrip in casu niet behoort. De Raad gaat nog niet zover als de Franse Conseil d'Etat, die zijntoezicht verder doet reiken. Deze instantie gaat niet alleen na of het begrip "openbaar nut" op feiten steunen die binnen dat begrip vallen, maar ook of de onteigening beleidsmatig wel verantwoord is, met name rekening gehouden met het voordeel dat voor het publiek daaruit zal voortspruiten en met de verhouding tussen de financiële lasten en dat voordeel (2).

b) De juridische motivering

284.- De opmerking van Cambier : "Le fait semêle au droit" (3) leidt ertoe dat een aantal gevallen waarin een tekort in de feitelijke motivering werd vastgesteld evengoed zouden kunnen beschouwd worden als behept met een onvoldoende of beter gezegd onjuiste, juridische motivering.

Dit zal in het algemeen het geval zijn waar op grond van de vaststaande feiten de overheid zich vergist over de toepasselijkheid of draagwijdte van de reglementaire teksten waar het zijn optreden op steunt, wanneer de feitenvoorwaarden die in die teksten voorkomen verkeerd geïnterpreteerd worden.

(1) Raad van State, 11 december 1973, n° 16159.

Zie ook de lezenswaardige noot van Waseiels onder dit arrest in *De Gemeente*, 1974, p. 301-305.

(2) Conseil d'Etat, 26 octobre 1973, Sieur Grassin, *AJDA* 1974, p. 34-38, met de conclusies van Antoine Bernard, Commissaire du gouvernement en noot J.K.

(3) CAMBIER, *op. cit.*, p. 230.

Gevallen van enkel maar juridisch onjuiste motivering zullen zich voordoen wanneer de beslissing steunt, ten onrechte wel verstaan, op dat deel van reglementaire bepalingen waarin geen feitenvoorwaarden voorkomen.

Zo bijvoorbeeld het besluit van de burgemeester van Komen d.d. 7 oktober 1964, waarbij verbod werd opgelegd in een danszaal te dansen of laten dansen voor een periode van een week. Ingeval van inbreuk op dit verbod, voorzag het besluit een definitief dansverbod, en, wanneer er zich na de verbodsperiode nieuwe moeilijkheden zouden voordoen, strengere maatregelen of een definitief dansverbod. Dit besluit vindt zijn rechtsgrond in artikel 10 van het gemeentelijk politiereglement, dat in uitzonderlijke gevallen sluiting toeliet, en steunde in feite op zeer ernstige en talrijke incidenten die zich in die dansgelegenheid hadden voorgedaan.

De Raad van State achtte het tijdelijk dansverbod in feite en in rechte voldoende gemotiveerd, maar vernietigde het besluit in zoverre het een definitief verbod oplegde in geval het dansverbod niet werd nageleefd en in zoverre met strengere maatregelen of definitieve sluiting gedreigd werd als er zich in de toekomst nog moeilijkheden zouden voordoen. Daarvoor was er volgens de Raad geen rechtsgrond (1).

In dezelfde zin kon men zeggen dat het reglement van de gemeente Borsbeek van 27 juni 1962, waarbij een belasting in gesteld werd op auto-kerkhoven die op minder dan 100 meter van de openbare weg gelegen waren, wegens juridisch onjuiste motivering vernietigd werd, aangezien de belastingbevoegdheid van de gemeente niet aangewend mag worden om zuiver esthetische oogmerken te bereiken (2).

Andere gevallen waar sprake is van juridisch onjuiste motivering betreffen het vaststellen door de gemeenteraad van voorwaarden waaronder verkavelingsvergunningen verleend worden, daar waar die bevoegdheid hoort bij het college van burgemeester en schepenen (3), het verzuim van

(1) Raad van State, 14 mei 1970 n° 14121; RJDA, 1971, p. 192 met noot.

(2) Raad van State, 11 juni 1964, n° 10675.

(3) Raad van State, 14 november 1966, n° 12061; DE GEMEENTE, 1967, p. 189-192 (met advies van Hoeffler) en TBP, 1968, p. 185-190; noot van Wastiels in DE GEMEENTE, 1967, p. 194-195.

de burgemeester om persoonlijk vast te stellen dat de gegeven omstandigheden de openbare gezondheid in gevaar brengen (1), de weigering wegens vermeende onbevoegdheid van de minister van Financiën om een aanvraag tot regularisatie van bankbiljetten te onderzoeken (2).

c) De band tussen de feitelijke en juridische motivering

285.- Het volstaat niet dat de feitelijke en juridische motivering op zichzelf genomen juist zijn. Ook is vereist dat tussen beide een logisch verband bestaat, m.a.w. dat de feitelijke onderbouw de juridische superstructuur draagt.

Het gebeurt dat eenzelfde beslissing aan de motiveringsplicht te kort komt, zowel omdat de feitelijke en de juridische motivering onjuist is, als omdat er tussen beide geen logische aansluiting bestaat. Op die manier kan men zeggen dat het onder a) vermelde geval van onjuiste interpretatie van het begrip "leurhandel" eveneens een miskennis oplevert van het logisch verband dat tussen feitelijke en juridische motivering moet bestaan, aangezien een juiste kwalificatie van de feiten de juridische redenering niet kon dragen.

Maar die gevallen passen niet helemaal in het kader van deze derde vereiste van de motiveringsplicht; vertrekt men nu eenmaal van de onjuiste kwalificatie, dan was het logisch verband met de juridische redenering wel aanwezig.

Gevallen waar zowel de feitelijke als de juridische motivering juist zijn, maar waar het verband tussen beide onlogisch is, zullen vrij zeldzaam zijn, juist omwille van het feit dat ze zo opvallend zijn dat een normaal oplettende overheid ze onmiddellijk zou opmerken en corrigeren.

Toch kan in de rechtspraak van de Raad van State een geval worden aangeduid. In een arrest van 18 april 1969 vernietigde de Raad van State een koninklijk besluit waarbij een besluit van een bestendige deputatie werd vernietigd, houdende goedkeuring van de baremas van personeelsleden van de commissie van openbare onderstand, omdat

(1) Raad van State, 30 mei 1973, n° 15893

(2) Raad van State, 3 april 1950, n° 314.

precies dezelfde redenen die geleid hadden tot goedkeuring van baremas ingeroepen werden om de vernietiging ervan te rechtvaardigen (1).

De afwezigheid van een onvoldoende logisch verband zal meer voorkomen bij administratieve rechtscolleges. Daar zullen vaak met elkaar strijdige feiten aan de betwisting ten grondslag liggen, en daar moet het college dan ook aangeven welke feiten als determinerend beschouwd worden. De Raad van State waakt dan ook over het nakomen van deze verplichting (2).

Hoe nuttig ook, de vereiste van samenhang tussen de feitelijke en juridische motivering in beslissingen van administratieve rechtscolleges, is minder belangrijk voor de preventieve rechtsbescherming, omdat de eigenlijke bestuurshandeling aan de procedure voor het rechtscollege voorafgaat.

De toepassing van de vereiste van samenhang in de eigenlijke bestuursbeslissingen wordt in ernstige mate belemmerd door de regel die wil dat organen van het actief bestuur niet verplicht zijn te antwoorden op argumenten die door de betrokken rechtsonderhorige naar voren worden gebracht (3). Het volstaat dat de feiten die de administratie in aanmerking neemt voldoende zijn om de juridische motivering van de beslissing te schragen.

Die regel wordt wel getemperd doordat de administratie geen feiten die determinerend zijn, buiten beschouwing mag laten maar in dat geval kan men veeleer spreken van een gebrek in de feitelijke motivering dan

(1) Raad van State, 18 april 1969, n° 13506.

(2) Bv. Raad van State, 30 november 1971, n° 15030
 Raad van State, 14 januari 1971, n° 14474
 Raad van State, 11 februari 1971, n° 14522
 Raad van State, 6 mei 1971, n° 14704
 Raad van State, 4 november 1971, n° 14977
 Raad van State, 16 juli 1971, n° 14877
 Raad van State, 13 april 1972, n° 15257
 Raad van State, 17 februari 1972, n° 15157
 Raad van State, 25 mei 1972, n° 15320
 Raad van State, 27 januari 1972, n° 15138
 Raad van State, 27 juni 1972, n° 15397

(3) Raad van State, 18 december 1972, n° 15628
 Raad van State, 4 juli 1972, n° 15420
 Raad van State, 25 april 1972, n° 15271.

wel van een gemis aan samenhang tussen feitelijk en juridische motivering (1).

Andere gevallen van tegenstrijdigheid tussen feiten enerzijds en juridische motivering anderzijds betreffen het voordragen van een ambtenaar voor een bepaalde functie, hoewel voorbehoud gemaakt wordt aangaande de benoembaarheid van die ambtenaar, maar de voordracht toch gedaan wordt om de minister terwille te zijn (2); evenzo is er tegenstrijdigheid wanneer een tuchtstraf opgelegd wordt die zwaarder is dan deze voorgesteld door een onderzoekscommissie wanneer als enige motivering verwezen wordt naar het verslag van de onderzoekscommissie (3).

d) Omvang van de motiveringsverplichting

286.- Het leidende beginsel is dat iedere bestuurshandeling dermate gemotiveerd moet zijn dat het toezicht van de Raad van State naar behoren kan worden uitgeoefend; zoals de Raad het zelf uitdrukt : "dat het aan de Raad van State voorgelegde dossier hem nochtans in staat moet stellen, de redenen van de handeling te achterhalen" (4).

Deze vaststelling geeft echter weinig houvast, omdat zoals hiervoor werd aangestipt, de omvang van het toezicht van de Raad van State geen vast begrip is, maar varieert in functie van de tijd en de materie (5), wat met zich meebrengt dat ook de omvang van de motiveringsplicht niet vastligt maar afhankelijk is van de evolutie van de omvang van het toezicht dat de Raad van State uitoefent.

Toch kunnen er een aantal elementen betreffende de omvang van de motiveringsplicht aangeduid worden.

- De motivering mag niet gegeven worden nadat de beslissing gevallen is : de motivering moet bestaan op het ogenblik dat het bestuur de beslissing neemt (6).

(1) Raad van State, 27 juni 1972, n° 15369
Raad van State, 12 februari 1971, n° 14528.

(2) Raad van State, 17 maart 1951, n° 790.

(3) Raad van State, 8 oktober 1951, n° 1084.

(4) Raad van State, 10 juni 1971, n° 11871.

(5) Zie hiervoor, p. 40e.v.

(6) Raad van State, 27 juni 1972, n° 15369.

De Franse administratieve rechtbanken huldigen dit principe eveneens (1).

- "Wanneer een wet (of een reglement) de aard van de omstandigheden heeft aangeduid waaromtrent het bestuur, vooraleer te handelen, te appreciëren heeft, moet de beslissing op zijn minst de categorie van omstandigheden aanduiden, waarop zij steunt" (2)." Wanneer de motivering ten aanzien van de feiten uitdrukkelijk wordt voorgeschreven, eist de Raad van State, naar een reeds vaste rechtspraak, dat concrete feiten tot staving van de beslissing worden aangevoerd" (3).
- Bij het vorige sluit nauw aan de verplichting van de overheid om ieder geval op zijn eigen merites te beoordelen. Men kan dit ook formuleren als het verbod om individuele beslissingen uitsluitend op zogenaamde principiëbs beslissingen te doen steunen (4).

Deze vereiste kan men ook beschouwen als een aspekt van het zorgvuldigheidsbeginsel. Trouwens, ook nog andere aspecten van het zorgvuldigheidsbeginsel kunnen gerangschikt worden onder het motiveringsbeginsel, in zoverre zij de omvang van dit laatste beginsel mede bepalen, zoals de verplichting om bij benoeming of bevordering van ambtenaren, de onderlinge verdiensten van de kandidaten tegen elkaar af te wegen (5), en de verplichting om zich bij het nemen van beslissingen zo volledig mogelijk in te lichten (6).

Het verbod om een individuele beschikking uitsluitend te doen steunen op principiëbs beslissingen impliceert overigens niet dat de overheid niet gerechtigd zou zijn om

"bij wijze van voor haar zelf geldende richtlijnen in het algemeen nader te bepalen hoe ze bij de vaststelling van haar beschikkingen een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, dat ze bij het voorbereiden van haar beschikkingen moet in acht nemen, in de praktijk zal toepassen" (7),

(1) Tribunal Administratif de Paris, 13 décembre 1973, *AJDA*, 1974, p. 219.

(2) DE VISSCHERE, *art. cit.*, p. 256.

(3) DE VISSCHERE, *art. cit.*, p. 270.

(4) Raad van State, 10 juni 1971, n° 14801
Raad van State, 3 april 1950, n° 314.

(5) Bv. Raad van State, 26 april 1968, n° 12924
Raad van State, 26 maart 1973, n° 15769
Raad van State, 8 maart 1973, n° 13747
Raad van State, 14 december 1974, n° 15615-15617
Raad van State, 5 juli 1973, n° 15960

(6) Raad van State, 7 december 1970, n° 14404
Raad van State, 20 juli 1973, n° 15985.

(7) Raad van State, 22 december 1971, n° 15094.

zoals de Raad van State het uitdrukt in het arrest Lion.

Integendeel, zoals in het vorige hoofdstuk werd betoogd, is het zelfs in hoge mate wenselijk dat het bestuur systematisch de normen en criteria van zijn beleid nader zou preciseren. Alleen ontslaat dit haar niet, om de individuele gevallen, binnen het kader van deze pseudo-wetgeving, op hun eigen verdiensten te onderzoeken.

D. Motivering als element van preventieve rechtsbescherming

287.- Reeds De Visschere onderkende de rol die het motiveringsbeginsel kan spelen als element van preventieve rechtsbescherming :

"De motivering van de administratieve beslissingen kan een krachtig middel zijn tot voorkoming of beteugeling van onrechtmatige bestuurs-handelingen" (1).

Sarot heeft eveneens gewezen op dit aspekt van het motiveringsbeginsel (2). Ongetwijfeld is het een goede zaak dat alle bestuurshandelingen, ook deze m.b.t. niet-betwiste zaken, gemotiveerd moeten zijn. Zeker is dit een belangrijke bijdrage tot een stelsel van preventieve rechtsbescherming.

Maar in dit kader verdienen twee punten nadere aandacht : de bezwaren tegen een doorgedreven motiveringsplicht, met name de formele motivering; de gebreken van het motiveringsbeginsel zoals het thans wordt toegepast, als element van preventieve rechtsbescherming.

1) De bezwaren tegen het motiveringsbeginsel

288.- De Visschere moge dan de voordelen van het motiveringsbeginsel erkennen ("De rechten en belangen van de particulieren zijn daar in belangrijke mate mee gediend, terwijl ook een deugdelijk overheidsbeheer daardoor kan bevorderd worden") (3), dit belet hem niet te schrijven, met een beroep op de administratieve doelmatigheid :

"De motivering van de administratieve handelingen moet noodgedwongen een uitzondering blijven en beperkt worden tot beslissingen, die bijzonder gewichtig zijn (4).

(1) DE VISSCHERE, *art.cit.*, p. 252.

(2) SAROT, *op.cit.*, p. 207.

(3) DE VISSCHERE, *art.cit.*, p. 275.

(4) DE VISSCHERE, *art.cit.*, p. 274.

Motiveringsverplichting mag volgens hem "het voeren van een doelmatig bestuur" niet aantasten.

Hij stelt voor de motiveringsplicht alleen dan op te leggen wanneer er sprake is van inbreuk op een recht ("lésion de droit"), niet wanneer alleen maar een inbreuk op een belang aanwezig is ("lésion d'interêt)", tenzij in dit laatste geval de belangenbenadeling als bijzonder ernstig voorkomt.

Als laatste argument tegen een veralgemeende motiveringsplicht voert hij aan dat vermelding van sommige feiten van familiale of persoonlijke aard voor de betrokken personen zeer hinderlijk kan zijn (1).

Bij andere auteurs die het motiveringsbeginsel bespreken, wordt geen gewag gemaakt van bezwaren in verband daarmee. Alleen kan verwezen worden naar de principieel afwijzende houding van Somerhausen en de genuanceerde stellingname van Buch - maar deze betreffen de algemene beginselen als zodanig en kwamen reeds hiervoor ter sprake (2).

Het is opvallend dat datzelfde bezwaar gegrond op de doeltreffendheid van de bestuur,geopperd wordt tegen het streven naar grotere openbaarheid en openheid in het bestuur (3). Diezelfde opwerping is trouwens niet beperkt tot België of Europa, maar is een internationaal fenomeen. Davis vertelt dat hij in 1964 ontdekte dat de Immigratiedienst van de Verenigde Staten jaarlijks een 25.000 aanvragen op een totaal van 700.000 negatief beantwoordde, en in 90 % van de gevallen zonder opgave van reden. Hij stelde voor dat iedere aanvrager gerechtigd zou zijn een schriftelijke opgave van de motieven te krijgen in geval van weigering. En hij vervolgt :

"The initial response to this proposal was that it might require a doubling of the staff of some seven thousand and that the proposal was totally impractical. But on further study the service found the idea feasible. For each of thirty six types of application it prepared printed cards, listing all the usual reasons for denials. The officer was required to check the applicable reason and to give the card to the alien" (4).

(1) DE VISSCHERE, *art.cit.*, p. 277.

(2) Zie p. 39.

(3) Cfr. Hoofdstuk II, p. 189-190.

(4) DAVIS, *op.cit.*, p. 105.

Dit voorbeeld is interessant omdat het aantoont dat een grotere rechtsbescherming niet noodzakelijk hoeft te leiden tot een verminderde slagvaardigheid van het bestuur. Met wat goede wil en verbeelding kan reeds heel wat bereikt worden.

Maar zelfs los daarvan is de waarde van het argument van een verminderde doeltreffendheid betwistbaar. Zoals in het vorige hoofdstuk werd uiteengezet, heeft Klinkers dit op een overtuigende manier aangetoond m.b.t. de bezwaren tegen de openbaarheid.

Meer specifiek voor de motiveringsplicht kunnen de woorden van Flamme ten volle onderschreven worden : "Toute objection tirée d'un alourdissement de la machine administrative paraît à cet égard manquer de pertinence; il n'y a que la paresse d'esprit ou le désir de simulation dont l'administration est par hypothèse exempte, qui puisse voir une complication à dire, lorsqu'on agit; pourquoi on le fait" (1).

289.- 2) De gebreken van het motiveringsbeginsel, zoals het thans wordt toegepast als element van preventieve rechtsbescherming.

Het meest in het oog springend tekort van het motiveringsbeginsel vanuit het standpunt van een preventieve rechtsbescherming spruit voort uit het onderscheid tussen formele en reële motivering.

Terecht schrijft Flamme daarover :

"Le système ainsi décrit n'est guère satisfaisant par cela même qu'à défaut d'un texte exprès obligeant dans chaque matière l'autorité) à "motiver en la forme" sa décision ou à défaut de sa bonne volonté à en fournir les motifs sur demande de l'intéressé, celui-ci se voit contraint d'agir par la voie contentieuse pour obtenir communication de motifs qui connus plutôt l'eussent probablement convaincu, faisant ainsi l'économie d'un procès inutile" (2).

Nog drie andere redenen haalt Flamme aan in het voordeel van een formele motivering :

"-Elle répond à une véritable règle de moralité publique, dans l'intérêt des administrés en diminuant le risque d'arbitraire par l'obligation pour quiconque est tenu d'exprimer ses raisons d'en avoir de bonnes et de réfléchir avant d'agir;
-Elle permet de remplacer l'affirmation brutale par un raisonnement et le simple exercice de l'autorité par un essai de persuasion;

(1) FLAMME, M.A., *art.cit.*, p. 238.

(2) FLAMME, M.A., *art.cit.*, p. 238.

-Elle bénéficie en fin de compte à l'administration elle-même ne serait-ce que parce qu'elle facilite, outre le contrôle de l'administré - celui du supérieur hiérarchique et celui du juge" (1).

De gegrondheid van de door Flamme voorgestelde oplossing moge geïllustreerd worden door een arrest van de Raad van State van 9 februari 1972 :

"Overwegende evenwel dat verzoekster, op haar verzoek om de strekking van de ten haren opzichte genomen maatregel te doen kennen, vanwege het bestuur een onvolledig antwoord heeft bekomen, wat blijkt uit de brief van 7 mei 1969 en door de tegenpartij in het memorie van antwoord is toegegeven; dat de onwetendheid waarin verzoekster betreffende de juiste strekking van de bestreden maatregel ook na haar verzoek om nadere uitleg, is blijven verkeren, het instellen van haar annulatieberoep bij de Raad van State rechtvaardigde; dat die onzekerheid het bestuur moet toegerekend worden en de tegenpartij dan ook de kosten van het geding moet dragen" (2).

In dit geval ging het om een leerkracht die wegens bestendige wrijvingen onder het onderwijzend personeel naar een andere school werd overgeplaatst bij ordemaatregel. Zoals uit de overgenomen passus van het arrest blijkt, was de motivering - achteraf dan nog - hoogst gebrekkig, zodat niet duidelijk was of de maatregel in het belang van de dienst dan wel als een verkapte tuchtmaatregel genomen werd. Daar het uiteindelijk om een ordemaatregel bleek te gaan, werd het verzoek van de getroffen leerkracht tot vernietiging verworpen - een nutteloos proces dus -, met als enige magere troost dat de tegenpartij de kosten van het geding moest dragen - niet inbegrepen natuurlijk het ereloon van de advocaat, en de zorgen en moeite die het geding veroorzaakt had.

290.- In Frankrijk is de toestand niet wezenlijk verschillend.

Sur, in een uitstekend artikel, geschreven naar aanleiding van het arrest van de Conseil d'Etat inzake "Agence maritime Marseille fret", van 27 november 1970 (3), dat door sommige rechtsleer aanzien werd als een mijlpaal op weg naar een veralgemening van de formele motiveringsplicht (4) - komt tot de conclusie dat er niets fundamenteel

(1) FLAMME, M.A., *art.cit.*, p. 238.

(2) Raad van State, 9 februari 1972, n° 15151

(3) Conseil d'Etat, Assemblée 27 november 1970, *RDP*, 1971, p. 987-1006, conclusies Genot.

(4) Frank MODERNE, noot onder dat arrest in *J.C.P.*, 1971, II, 16757.

gewijzigd is in de bestaande rechtspraak, nl. dat "tout acte administratif doit avoir des motifs, des motifs spéciaux et des motifs réguliers", maar : "un acte administratif n'a pas à être motivé sauf exception" (1). Naar zijn mening is het principe van de niet-verplichting tot formele motivering, zo sterk gevestigd dat alleen van een ingrijpen van de wetgever heil te verwachten valt.

Overigens is zijn kritiek op de houding van de Conseil d'Etat niet mals : "Ces trois aspects de la dissociation entre motifs et motivation reposant sur un élément commun. Tous les trois en effet résultent de la vision contentieuse du droit, qui mesure l'efficacité des garanties au perfectionnement de la technique jurisprudentielle. Or celle-ci est certes de grand intérêt mais ne saurait suffire à elle seule. Il est au moins aussi important de faire en sorte que l'administration respecte spontanément le droit que de forger des instruments sans cesse plus affinés pour redresser ses manquements ... A s'en tenir à la vision contentieuse du droit administratif, on peut avoir l'impression rassurante que le pouvoir discrétionnaire est progressivement délimité et réduit par le juge. Si l'on examiné en revanche les actes et les pratiques on doit constater que la part de discretion dans l'activité administrative tend constamment à se renforcer, et ce dans des domaines qui touchent très directement à l'intérêt général" (2).

Deze opmerkingen van Sur gelden zonder enig voorbehoud ook voor de Belgische toestanden. De evolutie naar een steeds breder en diepgaand toezicht op de reële motivering van bestuurshandelingen moge dan al toe te juichen zijn wanneer men voorstander is van een verscherpte rechterlijke controle op de administratie, zij brengt vanuit het standpunt van de burger die met een bestuurshandeling geconfronteerd wordt, en dus ook vanuit het standpunt van een preventieve rechtsbescherming niet veel aarde aan de dijk.

291.- Maar nog andere bezwaren kunnen aangevoerd worden tegen het beperken van de motiveringsplicht tot de reële motivering, die inherent zijn aan het feit dat ze alleen op het contentieuze vlak aan het licht komt.

Ten eerste kan het onwettige van een bestuurshandeling alleen in de motieven schuilen, en hoe kan de burger, die die motieven niet kent zijn verzoekschrift dan rechtvaardigen? Weliswaar kan hij, na kennisneming van het dossier en voor zover de motieven daaruit voldoende duidelijk blijken, de onwettigheid daarvan in zijn memorie van wederantwoord

(1) SUR Serge, "Sur l'obligation de motiver formellement les actes administratifs", *A.D.J.A.*, 1972, p. 349-367.

(2) SUR, *art.cit.*, p. 350.

aanvoeren, maar toch is dit een ernstige belemmering van zijn vorderingsrecht.

- 292.- Verder is de mogelijkheid om op die manier de motieven te achterhalen, debet aan de beperkingen die het geding voor de Raad van State eigen zijn, zoals de eis dat het verzoekschrift moet ingediend worden binnen de termijn van zestig dagen volgend op de dag dat de verzoeker kennis had of moest hebben van de door hem bestreden handeling.

Niet iedere onwettigheid of afwezigheid van motieven leidt tot vernietiging van de aangevochten beslissing : - onwettigheid van overtollig of ten overvloede gegeven motieven is zonder belang (1). Het is de Raad van State zelf die uitmaakt wanneer een motief overtollig dan wel determinerend geweest is. Dit leidt tot een casuïstiek die niet bevorderlijk is voor een doelmatige preventieve werking van het motiveringsbeginsel (2).

- 293.- Wat de feitelijke motieven betreft, volstaat het dat de overheid er "redelijkerwijze" haar oordeel op kan doen steunen. De Raad van State onderzoekt de motivering dus niet helemaal; zij stelt zich niet in de plaats van het bestuur. Dit wordt principieel gesteld in het arrest Claey's van 29 april 1970 :

"Overwegende dat de Raad van State in het kader van het beroep tot vernietiging van administratieve beslissingen niet optreedt als een rechter in hoger beroep; dat het hem derhalve niet staat om naar aanleiding van een annulatiemiddel het feitenonderzoek in de behandelende zaak over te doen, en een nieuw eigen onderzoek naar de ware toedracht van de in de zaak relevant te achten feiten aan te vatten ten einde zijn voorstelling

(1) Bv. Raad van State, 24 april 1970, n° 14086.

Raad van State, 2 december 1970, n° 14380

In Frankrijk huldigt de Conseil d'Etat dezelfde oplossing : zie Achille MESTRE, *Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'Administration*, Paris, L.G.D.J. 1974, p. 53-54.

(2) Men leze bv. de arresten van de Raad van State van 9 juni 1970, n° 14153 (onwettige kwalificatie van ten laste gelegde feiten was niet determinerend), en vergelijk de arresten van 18 juli 1967, n° 12534 (met advies van substituut-auditeur-generaal Tacq in R.W., 1967-1968, kol. 343-348) en 15 december 1972, n° 15622, enerzijds (ontbreken van fotos in dossier voor de aanvraag van een bouwvergunning is niet determinerend, hoewel voorgeschreven door M.B. van 18 april 1962), en het arrest van 22 februari 1972, n° 15175 (omwisseling van twee verkavelingen kon determinerend geweest zijn bij het verlenen van een bouwvergunning).

der feiten in de plaats te stellen van degene die werd aanvaard door de tot beslissen bevoegde overheid" (1).

Maar ook in talrijke arresten komt dit beginsel van "judicial self-restraint" aan bod (2).

- 295.- Tenslotte weze er nog aan herinnerd dat het bestuur niet verplicht is in niet betwiste zaken al de argumenten die door de belanghebbenden naar voren werden gebracht, in haar besluitvorming op te nemen. Het volstaat dat de beslissing op zichzelf genomen, voldoende gemotiveerd is (3). Ook dit is een beperking van de motiveringsplicht en diesvolgens een vermindering van preventieve rechtsbescherming.

§ 4. *Het zorgvuldigheidsbeginsel*

A. Definitie

- 296.- Wanneer men spreekt over zorgvuldigheid als beginsel van behoorlijk bestuur, is dit in feite een dubbelzinnig begrip. In Nederland, waar Wiarda dit beginsel als eerste "ontdekte", valt het niet samen met het alomvattend begrip der zorgvuldigheid, dat de gewone rechter bij

(1) Raad van State, 29 april 1970, n° 14098.

(2) Bv. Raad van State, 28 oktober 1969, n° 13757
 Raad van State, 8 juni 1966, n° 11865
 Raad van State, 28 april 1966, n° 11779
 Raad van State, 19 maart 1971, n° 14619
 Raad van State, 9 december 1969, n° 13830
 Raad van State, 5 juli 1953, n° 2660
 Raad van State, 25 juni 1970, n° 14195
 Raad van State, 4 februari 1971, n° 14503
 Raad van State, 21 april 1971, n° 14678
 Raad van State, 23 april 1971, n° 14687
 Raad van State, 24 november 1971, n° 15009
 Raad van State, 23 november 1971, n° 15004
 Raad van State, 12 november 1971, n° 14987
 Raad van State, 16 maart 1971, n° 14611
 Raad van State, 26 februari 1971, n° 14559
 Raad van State, 30 maart 1971, n° 14638
 Raad van State, 29 juni 1971, n° 14855
 Raad van State, 16 maart 1971, n° 14606.

(3) Zie hiervoor voetnoten 184 en 185.

zijn uitspraken op grond van artikel 1401 B.W. (inzake de onrechtmatige daad dus) hanteert, en dat omschreven pleegt te worden als "de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van een andere persoon of goed" (1).

297.- Wat is dan volgens Wiarda en Van Roosmalen dan wel onder het zorgvuldigheidsbeginsel te brengen?

"Het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur der zorgvuldigheid houdt allereerst in, dat het bestuur bij zijn besluiten en handelingen de normale oplettendheid en nauwkeurigheid in acht neemt, bij het verwaarlozen waarvan het zich het verwijt van slordigheid of verwaarlozing op de hals haalt. Maar - aldus Wiarda - niet "alleen het voorbereidend onderzoek, dat de administratie op de hoogte moet brengen van de aard en het gewicht van de belangen waarover zij heeft te beschikken, ook de afweging door belangen dient met zorgvuldigheid te geschieden". Aldus heeft het beginsel dus ook betrekking op de inhoud van het besluit en is het geschonden, als een afweging van belangen geacht moet worden niet te hebben plaatsgehad" (2).

Het zorgvuldigheidsbeginsel vertoont in Nederland dus twee facetten, en dat geeft wel aanleiding tot enige verwarring. Voor Wiarda schijnt vooral het tweede facet het belangrijkste, en dat zou dan samenvallen met de beroepsgrond die opgesomd is onder artikel 4 c) van de Wet Beroep Administratieve Beschikkingen en artikel 5.3 van de Wet Administratieve Rechtspraak Bedrijfsorganisatie (3).

Nochtans is voor de rechtsleer in het algemeen het eerste facet het belangrijkste, en aannemelijk lijkt dat ook Wiarda zo oordeelt (4), en dan blijkt het zorgvuldigheidsbeginsel toch zijn oorsprong te vinden in artikel 1401 van het Nederlands Burgerlijk Wetboek, zij het getemperd door de toepassing van de marginale toetsing. De omvang van die tempering blijkt uit het befaamde Doetischemse woonruimte-arrest van

(1) VAN ROOSMALEN, M.M., *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*. N. Samsom N.V. Alphen a/d Rijn, 1970, p. 40.

(2) VAN ROOSMALEN M.M., *op. cit.*, p. 41.

(3) WIARDA G.J., *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het Nederlandse recht*, T.B.P. 1970, p. 368.

(4) Zie dienaangaande, "Algemene bepalingen van administratief recht" Rapport van de Commissie inzake algemene bepalingen van administratief recht, Haarlem, Tjeenk Willink, 1967. derde druk, p. 122 e.v. VAN DER HORST en VAN DE POEL, *preadvies* p. 17.

25 februari 1949, dat rechterlijke toetsing van bestuurlijk handelen alleen maar mogelijk acht

" als moet worden aangenomen dat de vorderende autoriteit bij afwezigheid van de in aanmerking komende belangen in redelijkheid niet tot een vordering heeft kunnen komen, en dus afweging van die belangen geacht moet worden niet te hebben plaatsgehad" (1).

Wiarda schrijft daarover "dat toetsing slechts op de uiterste grenzen van de redelijkheid, dus uitsluitend met het oog op evidente gevallen van onredelijkheid plaats vindt" (2).

298.- In België is de toestand anders. Weliswaar definieert professor Suetens het zorgvuldigheidsbeginsel in navolging van Van der Horst en Van de Poel als het optreden met een zodanige mate van zorgvuldigheid t.a.v. degenen, wier belangen bij de taakuitoefening kunnen zijn betrokken, dat deze belangen niet onnodig werden geschaad, maar hij verwijst onmiddellijk naar het arrest van het Hof van Cassatie van 7 maart 1963, waar, m.b.t. de overheidsaansprakelijkheid gesteld wordt : "De machten welke de wet van de administratie in het algemeen belang toekent stellen haar niet vrij van de verplichting van voorzichtigheid, welke zich aan allen opdringt" (3)(4).

Men kan dus stellen dat het zorgvuldigheidsbeginsel in België zijn grondslag vindt in het burgerlijk recht, meer bepaald in artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek.

299.- Daaruit vloeien twee vaststellingen voort, en i.v.m. de tweede vaststelling, een vraag.

1. Het zorgvuldigheidsbeginsel zal normaliter toegepast worden door de burgerlijke rechtbanken, omdat artikel 1382 een burgerlijk recht

(1) Hoge Raad, 25 februari 1949, *N.Y.*, 558.

(2) WIARDA, *art.cit.*, p. 368.

Zie ook SIMONS, *art.cit.*, p. 246 e.v.

W.C.L. VAN DER GRINTEN, Marginale toetsing, in de bundel aangeboden aan professor J.H. Beekhuis "Op de grenzen van komend recht", p. 109-123.

L. PRAKKE, Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en marginale toetsing, *Ars Aequi*, 1966, p. 278-288.

(3) SUETENS, L.P., *art.cit.*, p. 382.

(4) Hof van Cassatie, 7 maart 1963, *Pas.*, 1963, I, 744 e.v., met conclusies van W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH; *R.C.J.B.*, 1963, p. 96 e.v. met noot J. DABIN; *R.W.*, 1963-1964, 115.

- verleent, zodat op grond van artikel 92 van de Grondwet de burgerlijke rechtbanken een uitsluitende bevoegdheid hebben om van betwistingen dienomtrent kennis te nemen.
2. Door het subjectiefrechtelijk karakter van het zorgvuldigheidsbeginsel is er weinig ruimte voor mogelijke toepassingen door de Raad van State.
 3. Tenzij, en dit is dan de vraag, er in het administratief recht een eigen begrip van het zorgvuldigheidsbeginsel kan worden ontwikkeld, los van artikel 1382 B.W.

Op deze drie punten wordt nu nader ingegaan.

B. Het zorgvuldigheidsbeginsel en de burgerlijke rechter

300.- Het is hier niet de bedoeling uit te weiden over de ontwikkeling van de overheidsaansprakelijkheid ter zake van artikel 1382 B.W.

Volstaan moge worden met het aanduiden van de belangrijkste arresten terzake.

Het Flandria-arrest van 5 november 1920 maakte een eind aan het onderscheid tussen "Etat-puissance publique" en "Etat-personne privée", en hield onder meer in dat het burgerlijk recht in principe ook op de overheid van toepassing was (1), maar beperkte anderzijds de toepassing van artikel 1382 tot gevallen waar een subjectief recht geschonden was, waaraan dan weer gekoppeld werd de beperking van de verantwoordelijkheid tot daden van uitvoering, zodat de eigenlijke besluitvorming buiten schot bleef.

Een arrest van 16 januari 1939 bepaalde dat ook een rechtmatig belang aanspraak mag maken op de bescherming van artikel 1382 B.W. (2).

Door een arrest van 21 december 1956 werd de aansprakelijkheid ook uitgebreid tot de besluitvorming zelf (3).

(1) Hof van Cassatie, 5 november 1920, *Pas.*, 1920, I, 193, met conclusies van Paul LECLERCQ.

(2) Hof van Cassatie, 16 januari 1939, *Pas.*, 1939, I, 25.
Zie ook RONSE, J., "La notion de dommage : lésion d'intérêt", *R.C.J.B.*, 1957, p. 101 e.v.; DE PAGE, t.II, nr. 950bis.

(3) Hof van Cassatie, 21 december 1956, *Pas.*, 1957, I, 430.

Het reeds vermelde arrest van 7 maart 1963 maakte dan tenslotte artikel 1382 zonder beperking op de overheid toepasselijk (1).

Er weze nog opgemerkt dat de vordering volgend uit de schending van een politiek recht een burgerlijk recht betreft en uitsluitend tot de bevoegdheidssfeer van de burgerlijke rechtbanken behoort (2).

Voor het overige moge verwezen worden naar de rechtsleer (3).

301.- Een recent arrest van het Hof van Cassatie moge aantonen hoever die zorgvuldigheidsplicht voor het bestuur wel gaat. In verband met zijn nakende oppensioenstelling had een ambtenaar van het Ministerie van Defensie aan de bevoegde dienst de nodige inlichtingen gevraagd. Gezien de uitermate wisselvallige carrière van de betrokkene was dit geen gemakkelijke zaak. Het bestuur had de gevraagde inlichtingen niet volledig juist gegeven, hetgeen in een financieel verlies resulteerde. De betrokkene vordert schadevergoeding van de Staat. Op het verweer van deze dat het een zeer ingewikkelde zaak was, antwoordde het Hof

"dat zo uit deze omstandigheden blijkt dat de toestand van eiser in rechte ingewikkeld was, hieruit niet voortvloeit dat de diensten van het ministerie van landsverdediging de dienstige raadplegingen hebben verricht of dat ze de aandacht van eiser hebben gevestigd op de twistpunten waartoe hun uitlegging aanleiding kon geven" (4).

Kan men op het eerste zicht de indruk krijgen dat het zorgvuldigheidsbeginsel voldoende bescherming vindt bij de burgerlijke rechtbanken,

(1) Zie voetnoot 4 pag. 159.

(2) Hof van Cassatie, 16 december 1965, *Pas.*, 1966, I, 513; *R.C.J.B.*, 1969, p. 305 met noot Ch. GOOSSENS.

(3) CAMBIER, Cyr, *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents*, Brussel, Larcier, 1947.
 DELVA, J., Evolutie van de rechtspraak inzake fundering van de overheidsaansprakelijkheid, *T.B.P.*, 1969, p. 67-102.
 DENYS, M., *De overheidsaansprakelijkheid bij verplichte vaccinatie*, Brussel, Interuniversitair Centrum voor Staatsrecht, 1968;
 - Vijftig jaar later - De evolutie van de overheidsaansprakelijkheid in België en in het communautaire recht, *R.W.*, 1970-1971, 832-834.
 CLEYMANS, F., en UYTTERSROT, J., Het recht op schadeloosstelling bij onrechtmatige voorhechtenis, *R.W.*, 1969-1970, 1313-1322.

(4) Hof van Cassatie, 4 januari 1973, *R.W.*, 1972-1973, 1279 e.v..

dan kan men toch enige vragen stellen. Hoe moet men het schuld-begrip hanteren bij het overheidsoptreden of -nalaten? Kan men bijvoorbeeld zeggen dat iedere dwaling in rechte van de overheid een fout oplevert? In een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg van Kortrijk van 26 februari 1970 schijnt deze theorie aanvaard te zijn geweest. Een bouwvergunning was door de Raad van State vernietigd geworden omdat de gemeente de voorschriften van een bijzonder plan van aanleg verkeerd geïnterpreteerd had. Een benadeelde buurman vordert daarop de afbraak, en de ex-vergunninghouder vraagt vergoeding van de aldus geleden schade van de gemeente. De gemeente hield voor

"dat om over de wettelijkheid van een administratieve beslissing te oordelen men zich moet plaatsen op het tijdstip waarop ze getroffen werd of ze dan een wettelijke basis had; dat moest zelfs nadien blijken dat een vergissing werd begaan, nog moet onderzocht worden of deze vergissing niet verschoonbaar is en namelijk of het bestuur bij het nemen van de beslissing de schade heeft kunnen voorzien".

Het korte antwoord van de rechtbank luidt

"voor zoveel als nodig, dat de fout van de eerste verweerster [de gemeente] ingevolge het arrest van de Raad van State vaststaat" (1).

Een andere bedenking betreft de aard van de sanctie die de rechtbanken kunnen opleggen. Ten eerste zal het herstel in natura dikwijls niet mogelijk blijken, en lost het recht op herstel zich op in een recht op schadevergoeding; het is duidelijk dat een vernietiging van de bestreden handeling dikwijls een veel doelmatiger sanctie is. Zoals in het eerste hoofdstuk werd betoogd, is de toepassing van het burgerlijk recht, met name van artikel 1382 B.W. alleen maar voor de hand liggend wanneer aan de overheid een ongewild foutief handelen wordt verweten, maar minder wanneer het gaat om eigenlijke bestuurshandelingen. Ten tweede blijft de door de rechtbanken opgelegde sanctie beperkt tot de in het geding zijnde partijen. De uitspraak geldt niet erga omnes. De structurele en accidentele moeilijkheden eigen aan de rechtspleging beletten vaak andere rechtsonderhorigen die in hetzelfde geval verkeren, hun rechten te doen gelden. Ook hier blijkt voor het sanctioneren van de eigenlijke rechtshandelingen, de procedure voor de Raad van State veel meer aangewezen.

(1) Rechtbank Kortrijk, 26 februari 1970, *R.W.*, 1972-1973, 866-874.

Een andere bedenking betreft de aard van de sanctie die de rechtbanken kunnen opleggen. Ten eerste zal het herstel in natura dikwijls niet mogelijk blijken, en lost het recht op herstel zich op in een recht op schadevergoeding; het is duidelijk dat een vernietiging van de bestreden handeling dikwijls een veel doelmatiger sanctie is. Zoals in het eerste hoofdstuk werd betoogd, is de toepassing van het burgerlijk recht, met name van artikel 1382 B.W. alleen maar voor de hand liggend wanneer aan de overheid een ongewild foutief handelen wordt verweten, maar minder wanneer het gaat om eigenlijke bestuurshandelingen. Ten tweede blijft de door de rechtbanken opgelegde sanctie beperkt tot de in het geding zijnde partijen. De uitspraak geldt niet erga omnes. De structurele en accidentele moeilijkheden eigen aan de rechtspleging beletten vaak andere rechtsonderhorigen die in hetzelfde geval verkeren, hun rechten te doen gelden. Ook hier blijkt voor het sanctioneren van de eigenlijke rechtshandelingen, de procedure voor de Raad van State veel meer aangewezen.

C. Het zorgvuldigheidsbeginsel en de Raad van State

302.- De bijna uitsluitende bevoegdheid van de gewone rechtbanken heeft tot gevolg dat de arresten van de Raad van State waar het zorgvuldigheidsbeginsel toegepast wordt, vrij weinig talrijk zijn. De vaststelling die professor Suetens maakte in 1970 : "In de rechtspraak van de Raad van State wordt de zorgvuldigheidsnorm op minder uitdrukkelijke wijze gehanteerd". (1), is ook nu nog juist.

Dit geldt voor de gevallen waar uitdrukkelijk op het zorgvuldigheidsbeginsel een beroep gedaan wordt.

Een eerste groep gevallen betreft bevorderingen of benoemingen van ambtenaren. De Raad van State eist dat de verdiensten van de kandidaten op objectieve wijze worden vergeleken (2), en wel van alle kandidaten (3).

(1) SUTENS, L.P., *art.cit.*, p. 382.

(2) Raad van State, 26 maart 1973, n° 15679
 Raad van State, 14 december 1974, n° 15615-15617
 Raad van State, 20 juli 1973, n° 15985
 Raad van State, 5 juni 1968, n° 13005; *R.J.D.A.*, 1969, 120.

(3) Raad van State, 8 maart 1973, n° 15747.

Aanverwant daarmee is de verplichting van het bestuur om met zekerheid de benoemingsvoorwaarden voor vacante functies te doen kennen (1), het nodige te doen om kandidaten in te lichten nopens de examendata en de te vervullen formaliteiten (2), en ervoor te waken dat de examens met de nodige zorgvuldigheid worden ingericht, zodat met name de gelijkheid onder de kandidaten wordt gewaarborgd (3). De benoemende overheid moet er ook over waken dat zij voldoende ingelicht is over de verdiensten van de kandidaten (4). Ieder lid van een examencommissie moet zelf een waardecijfer uitbrengen (4bis).

Het zorgvuldigheidsbeginsel werd woordelijk ingeroepen in een geval waar de benoeming van een gemeentesecretaris werd bestreden op grond van het feit dat de gemeente nagelaten had van de kandidaten een bewijs van goed gedrag en zeden te eisen :

"Overwegende dat het middel - daargelaten of het een deugdelijke rechtsgrond heeft -, maar zin heeft indien verzoeker aantoonst dat precies de benoemde "een gerechtelijk verleden" heeft, m.a.w. indien hij bewijst dat de aangevochten beslissing maar mogelijk is geweest tengevolge van de door hem aangeklaagde tekortkoming aan de zorgvuldigheidsplicht en van de onwettige gelijkstelling van gestraften en niet-gestraften" (5).

Er is daarentegen geen schending van het zorgvuldigheidsbeginsel wanneer het vast wervingssecretariaat ondanks het tegendeel gebruikelijk was, nalaat van een kandidaat te vragen een afschrift van zijn diploma op te sturen, zelfs wanneer dit nalaten een gevolg zou zijn van de gebrekkige werking van de uitvoeringsdiensten en andere kandidaten wel verzocht zouden zijn geweest een afschrift op te sturen (6).

303.- Een tweede aspect van het zorgvuldigheidsbeginsel is de verplichting voor het bestuur om de hem toegewezen bevoegdheden persoonlijk uit

(1) Raad van State, 26 maart 1974, n° 16325.

(2) Raad van State, 24 maart 1972, n° 15239.

(3) Raad van State, 12 oktober 1966, n° 12005
Raad van State, 19 juni 1969, n° 13638; *R.J.D.A.*, 1970, 152.

(4) Raad van State, 7 december 1970, n° 14404.

(4)bis Raad van State, 29 maart 1973, n° 15791.

(5) Raad van State, 19 december 1972, n° 15633.

(6) Raad van State, 20 december 1956, n° 5423.

te oefenen. Dit maakt ook deel uit van het motiveringsbeginsel. Dit verbod van principiële beslissingen komt tot uiting in arresten van 3 april 1950 en 30 mei 1973 (1).

304.- Een derde aspect is de doorzendingsplicht. Als een bestuur een aanvraag ontvangt waarvoor het niet bevoegd is, moet het deze aan de tot beslissen bevoegde dienst doorsturen. Vereist is evenwel dat de aanvraag zowel volledig als duidelijk is (2).

D. Is er ruimte voor een eigen zorgvuldigheidsnorm in de administratieve rechtspraak?

305.- Bij al deze arresten kan men de vraag stellen of de Raad van State het overheidsoptreden of - nalaten niet toetst aan artikel 1382 B.W. en zich dus begeeft op het terrein dat grondwettelijk aan de burgerlijke rechter is voorbehouden.

Een eerste antwoord kan erin bestaan te zeggen dat de aan het oordeel van de Raad voorgelegde gevallen geen burgerlijk recht betreffen, of althans "slechts onrechtstreeks en bijkomstig" (3). Het gebeurt trouwens meer dat de Raad van State bij het vormen van zijn oordeel regels van het burgerlijk recht interpreteert (4). Deze materie werd in Hoofdstuk I behandeld, waarnaar dan ook verwezen moge worden.

De waarde van dit antwoord is hier echter twijfelachtig in al de gevallen konden de belanghebbenden zeker vergoeding vorderen van de geleden schade voor de gewone rechtbanken.

306.- Men kan echter het zorgvuldigheidsbeginsel ook vanuit een andere optiek benaderen, en wel vanuit deze van het rechterlijk toezicht op bestuurs-handelingen waar een zekere mate van discretionnaire bevoegdheid voorhanden is. Het zorgvuldigheidsbeginsel doet zich dan voor als het

(1) Raad van State, 3 april 1950, n° 314.

Raad van State, 30 mei 1973, n° 15893

(2) Raad van State, 80 juni 1971, n° 14825

Raad van State, 19 april 1971, n° 14677.

(3) Hof van Cassatie, 27 november 1957, *Arresten* 1958, p. 769.

(4) Bv. inzake oorlogsschade aan private goederen :

Raad van State, 18 maart 1970, n° 14029

Raad van State, 15 oktober 1970, n° 14309.

middel bij uitstek om rechterlijk toezicht enerzijds en het behoorlijk functionneren van het bestuur - waarvoor discretionaire bevoegdheid een noodzakelijke voorwaarde kan zijn - anderzijds, te verzoenen. Het zorgvuldigheidsbeginsel komt dan zeer dicht te staan bij het verschijnsel van de marginale toetsing en benadert dan de eerste betekenis die aan het zorgvuldigheidsbeginsel in Nederland wordt toegekend door Wiarda en van Roosmalen.

Die functie komt tot uiting in het reeds geciteerde arrest Claeys van 29 april 1970, waar de Raad eerst voorhoudt dat het niet zijn taak is zich in de plaats van het bestuur te stellen en het feitenonderzoek over te doen, maar eraan toevoegt

"dat de aan de Raad van State toekomende taak van rechtshandhaving, voor zover die wordt betrokken op de feitenvaststelling door de overheid, evenwel medebrengt dat de Raad van State dient na te gaan of die overheid wel met inachtneming van de regel van de bewijsvoering tot haar voorstelling van de feiten is gekomen en of zij haar verplichting tot zorgvuldigheid bij de feitenvinding werkelijk is nagekomen" (1).

In een arrest van 8 juni 1966 luidt het dat verzoeker mag trachten te bewijzen dat de gewraakte feiten zich niet hebben kunnen voordoen,

"door aan te tonen dat overheid volgens de regelen der bewijsvoering niet in rechte of in redelijkheid haar voorstelling der feiten uit de gegevens van het strafdossier mocht afleiden" (2).

In een aantal andere uitspraken wordt het zorgvuldigheidsbeginsel, via het redelijkheidscriterium, als middel tot marginale toetsing gehanteerd, maar daar wordt later op ingegaan. Bij wijze van voorlopig besluit kan gesteld worden dat het zorgvuldigheidsbeginsel in de administratieve rechtspraak bruikbaar is om bestuurshandelingen waar discretionaire bevoegdheid aanwezig is, op hun redelijkheid te toetsen, terwijl het als subjektiefrechtelijke norm bescherming kan verlenen voor de burgerlijke rechter.

(1) Raad van State, 29 april 1970, n° 14098.

(2) Raad van State, 8 juni 1966, n° 11865.

§ 5. *Het gelijkheidsbeginsel en het beginsel "patere legem quam ipse fecisti"*

A. *Definitie en grondslag*

307.- Anders dan in Frankrijk (1) vindt het gelijkheidsbeginsel in België zijn grondslag in artikel 6 van de Grondwet, dat luidt : "Er is in de Staat geen onderscheid van standen. De Belgen zijn gelijk voor de wet; zij alleen zijn tot de burgerlijke en militaire bedieningen benoembaar, behoudens de uitzonderingen die voor een bijzonder geval door een wet kunnen worden gesteld", en artikel 6bis : "Het genot van de rechten en vrijheden aan de Belgen toegekend moet zonder discriminatie verzekerd worden. Te dien einde waarborgen de wet en het decreet onder meer de rechten en vrijheden van de ideologische en filosofische minderheden".

Artikel 128 bepaalt : "Iedere vreemdeling die zich op het grondgebied van België bevindt, geniet de bescherming verleend aan personen en aan goederen, behoudens de bij de wet gestelde uitzonderingen".

Nochtans is de wetgever, en a fortiori andere organen van de Staat niet meer in de mogelijkheid om, voor bepaalde rechten en vrijheden, discriminerend op te treden tegenover vreemdelingen, ondanks artikel 128 van de Grondwet. Inderdaad, de Europese Conventie van de Mensenrechten verbiedt gelijk welke discriminatie m.b.t. de rechten en vrijheden door het Verdrag en de aanvullende protocollen verleend, en die allen door België zijn geratificeerd. Artikel 1 van dat Verdrag bepaalt immers : "Les Hautes Parties Contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au Titre I de la présente Convention"; de woorden "toute personne" sluiten

(1) HUBERLANT, Ch., *art.cit.*, p. 663.

Opgemerkt weze nochtans dat sinds de recente ratificatie door Frankrijk van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, het gelijkheidsbeginsel voor een aantal rechten en vrijheden bekrachtigd is door het discriminatieverbod van artikel 14 van dat verdrag, en wel die rechten en vrijheden die door het verdrag en de aanvullende protocollen, tenminste deze die Frankrijk geratificeerd heeft, zijn opgesomd.

noodzakelijkerwijze ook vreemdelingen in zich (1).

Tengevolge van het nu wel aanvaarde principe van de superioriteit van internationale verdragen op het interne recht betekent dit dat de wetgever geen op de nationaliteit gegronde discriminaties mag invoeren m.b.t. de door het Verdrag en de protocollen gewaarborgde rechten en vrijheden (2).

Van belang is ook het E.E.G. verdrag, dat in zijn artikel 52 de vrijheid van vestiging instelt voor onderdanen van de lidstaten in andere lidstaten dan deze van hun nationaliteit. De uitzonderingen van artikel 55, met name "de werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag ..., zelfs indien deze slechts voor een bepaalde gelegenheid geschieden", werd door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen niet van toepassing verklaard op het beroep van advocaat. Dienvolgens werd artikel 428 van het Gerechtelijk Wetboek (België), dat de Belgische nationaliteit als voorwaarde stelt voor het "voeren van de titel van advocaat", onverenigbaar geacht met de voormelde uitzonderingen van artikel 55 E.E.G.-verdrag (3) nadat de Raad van State bij arrest van 21 december 1973 daarover een prejudiciële vraag aan het Hof gesteld had.

308.- De rechtsleer is het er wel over eens dat het gelijkheidsbeginsel inderdaad zijn rechtsgrond vindt in artikel 6 van de Grondwet (4) maar dit belet niet dan men het gezien zijn belangrijkheid als een

(1) Dit werd uitdrukkelijk bevestigd door de Europese Commissie van de rechten van de mens; Gyula Knechtli *z.* Groot-Brittannië, 4115/69, *Rec.*, 36, p. 40; X. t. België, 1914/69, *Rec.*, 34, p. 20.

BOES M. Enige beschouwingen over de ontvankelijkheidsvereisten van een verzoekschrift bij de Europese Commissie van de Rechten van de Mens, *T.B.P.*, 1973, p. 161.

(2) Hof van Cassatie, 27 mei 1971, *T.B.P.*, 1972, p. 39; *R.W.*, 1971-1972, 424.

(3) Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, 21 juni 1974, *R.W.*, 1974-1975, 139-163, met noot.

(4) SUETENS, L.P., *art.cit.*, p. 384; Robert ANDERSEN, L'égalité des citoyens devant la loi dans la jurisprudence du Conseil d'Etat statuant au contentieux de l'annulation, *R.J.D.A.*, 1973, p. 81-96; MAROY, P., *art.cit.*, p. 112; L. INGEBER, A propos de l'égalité dans la jurisprudence belge, in : *L'égalité*, Brussel, Bruylant, 1971, p. 3.

beginsel kan blijven beschouwen (1).

Maar het aanduiden van de grondslag van het gelijkheidsbeginsel impliceert nog niet dat daarmee ook meteen de definitie ervan geven is.

Suetens (2) en Cambier (3) leiden uit de rechtspraak van de Raad van State af dat het beginsel inhoudt dat gelijke gevallen op gelijke wijze behandeld moeten worden. Andersen voegt eraan toe :

"... d'une manière générale, la seule existence d'une différence dans la situation de fait des administrés ne suffit plus pour que leur soient appliquées des règles juridiques différentes. Nécessaire, cette condition a cessé d'être suffisante. Une autre est venue s'y ajouter : désormais, il faut que le critère de différenciation retenue soit de nature à justifier la différence de traitement juridique eu égard à l'objet de la mesure administrative et au but qu'en la prenant l'administration peut et doit légalement poursuivre" (4).

309.-- Deze definitie moge dan aanvaardbaar zijn vanuit een rechtstechnisch standpunt, zij bevat een variabele die de definitie tijd- en waarde-gebonden maakt.

Wanneer zijn gevallen "gelijk"? Welke zijn de "critères de différenciation... de nature à justifier la différence de traitement juridique"?

Dienaangaande schrijft Ingeber :

"La conception que le juge reflète de l'opinion politique publique se fait de l'égalité se modifie sous l'influence de facteurs politiques, économiques et sociaux" (5).

In aansluiting daarop ontwaart hij in de evolutie van de rechtspraak de volgende "critères de relevance", gebaseerd op drie tegenstellingen :

"la distinction entre l'égalité devant la loi et l'égalité dans la loi"; "la deuxième distinction ... qui oppose l'affirmation de l'égalité des hommes en droits à plus d'égalité réelle"; ... la troisième distinction se dégage de l'opposition entre l'égalité des individus et l'égalité des groupes" (6).

(1) ANDERSEN, R., *art.cit.*, p. 81.

(2) SUETENS, L.P., *art.cit.*, p. 384.

(3) CAMBIER, C., *op.cit.*, p. 40.

(4) ANDERSEN, R., *art.cit.*, p. 94.

(5) INGEBER, L., *art.cit.*, p. 3.

(6) INGEBER, L., *art.cit.*, p. 4-5.

Deze evolutie gebeurt volgens een techniek die Ingeber als volgt beschrijft :

"Pour répondre aux exigences nouvelles que cette évolution suscite, le juge est amené à tenir compte de deux impératifs. Il doit d'une part, reconnaître la création de catégories de plus en plus nombreuses et diversifiées. Ces catégories nouvelles comprendront des individus dont le nombre ira en diminuant. En même temps que les catégories voient leur champ se restreindre, l'idée de l'homme, entité abstraite, fait place à la notion plus précise de l'individu caractérisé par le groupe dans lequel il s'insère en fait. Le juge doit d'autre part, apprécier les critères de relevance qui ont été adaptés" (1)

310.- Het gelijkheidsbeginsel is dus geen begrip met een vastomlijnde inhoud. Vooraleer getracht zal worden de inhoud van dit begrip aan de hand van de rechtspraak te verduidelijken, is het aangewezen definitie en grondslag van het "patere legem quam ipse fecisti" beginsel aan te duiden, dat doorgaans aan het gelijkheidsbeginsel vastgeknoopt wordt (2). Dit beginsel houdt in dat ieder bestuursorgaan bij het nemen van individuele beslissingen de regels van algemene draagwijdte moet respecteren die het zelf voorheen heeft opgesteld (3).

311.- De band tussen gelijkheidsbeginsel en "patere legem quam ipse fecisti" is gemakkelijk aan te tonen. Teksten van reglementaire aard zijn geroepen om alle onder hun toepassingsgebied komende gevallen te regelen, zodat afwijking van reglementaire teksten een ongelijkheid betekent t.o.v. de gevallen die wel op reglementaire wijze behandeld werden. Toch moet in het beginsel "patere legem" meer gezien worden dan een eenvoudige toepassing van het gelijkheidsbeginsel (4).

(1) INGEBER, L., *art.cit.*, p. 34.

(2) SUTENS, L.P., *art.cit.*, p. 385; ANDERSEN, R., *art.cit.*, p. 91; MAROY, P., *art.cit.*, p. 117; alleen HUBERLANT schijnt het als een zelfstandig beginsel te beschouwen (*art.cit.*, p. 678).

(3) Herinnerd moge worden aan het arrest van de Raad van State van 22 december 1971, n° 15094, waar gesteld werd "dat een overheid die enkel bevoegd is om bij individuele beschikking te beslissen niettemin bij wijze van voor haar zelf geldende richtlijnen kan bepalen hoe ze bij vaststelling van haar beschikking een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, dat ze bij het voorbereiden van haar beschikkingen moet in acht nemen, in de praktijk zal toepassen". Binnen die grenzen beschikt iedere overheid dus over een reglementerende bevoegdheid. Zie hiervoor p. 4.

(4) Contra : ANDERSEN, R., *art.cit.*, p. 91.

In het ene geval is de normtoepassende overheid een andere dan de normuitvaardigende, zodat niet toepassing van de norm niet alleen het gelijkheidsbeginsel miskent, maar ook het hiërarchisch beginsel, en daarom dan ook normaliter ter verantwoording zal worden geroepen door de normuitvaardigende overheid. In het andere geval is er maar een overheidsorgaan. Mocht nu, bij de eerste toepassing, de norm onjuiste of ongewenste gevolgen blijken te hebben, dan valt niet in te zien hoe bij niet toepassing van de norm schending van het gelijkheidsbeginsel kan aangevoerd worden. Het betrokken overheidsorgaan zal ofwel de norm onmiddellijk wijzigen, ofwel de niet-toepassing of gewijzigde toepassing ook consequent op andere gevallen doortrekken. In het eerste genoemde geval kan hij dat niet, omdat hij noch de bevoegdheid heeft de norm te wijzigen, noch op straffe van dat impliciet toch te doen, de norm anders toe te passen dan hij werd opgesteld door het uitvaardigende orgaan.

In het "patere legem" beginsel is het aspekt "rechtszekerheid", of "honorering van het gewekte vertrouwen" groter dan bij het gelijkheidsbeginsel.

B. De inhoud van het gelijkheidsbeginsel

1. Het gelijkheidsbeginsel en de burgerlijke rechter

312.- De materie waar, voor de burgerlijke rechter, het meest beroep werd gedaan op het gelijkheidsbeginsel is die van de belastingen. Dit is begrijpelijk deels omdat op fiscaal gebied ongelijkheden scherper en onmiddellijker worden aanvoeld dan op andere gebieden, deels omdat artikel 112 van de Grondwet, zij het in andere woorden, het gelijkheidsbeginsel inzake belastingen herhaalt : "Inzake belastingen kunnen geen voorrechten worden ingevoerd. Geen vrijstelling of vermindering van belasting kan worden ingevoerd door een wet" (1).

(1) Dat de administratie zich aan het tweede lid van artikel 112 van de Grondwet niet altijd houdt, en, wat meer is, dat dit door de rechtbanken wordt aanvaard, kwam ter sprake in hoofdstuk II, p. 68 voetnoot
Gelukkig eist de rechterlijke macht dan wel, dat verzachtingen en afwijkingen op gelijke wijze wordt toegepast.

313.- Het gelijkheidsbeginsel inzake belastingen is gerespecteerd, wanneer de belasting slaat op een bepaalde groep belastingsplichtigen (1). Het is juist de notie "bepaalde groep" die de rechtspraak toelaat aan het gelijkheidsbeginsel een aan de tijd en omstandigheden aangepaste interpretatie te geven. Het is opvallend dat men ook in recente arresten dezelfde omschrijving van het gelijkheidsbeginsel tegenkomt als in oudere. Zo in een arrest van 14 oktober 1971 :

"Overwegende dat de belasting, zonder het in de artikelen 6 en 112 van de Grondwet neergelegde beginsel van de gelijkheid te schenden, categorieën van belastingplichtigen kan treffen op voorwaarde echter dat al degenen die zich in dezelfde voorwaarden bevinden ook getroffen worden" (2).

Ingeber onderscheidt vier "categorieën", waarvan de vierde de belangrijkste want meest beperkte is : de categorie van al degenen die zich bevinden in de voorwaarden door de wet of het reglement aangeduid (3). Met andere woorden, het Hof laat aan de reglementerende overheid de bevoegdheid om zelf de categorieën te bepalen, waarbij zelfs aanvaard wordt dat die categorie zo opgesteld wordt dat zij in feite maar één persoon omvat (4). Men staat hier voor een wel ver terugtreden van de rechter, temeer daar de rechter, hoewel hij bij het beoordelen van een administratieve rechtshandeling de interne zowel als de externe legaliteit controleert (5), van die bevoegdheid inzake belastingen een zeer terughoudend gebruik maakt. Er moge hier herinnerd worden aan het arrest van het Hof van 26 oktober 1968, waarbij het weigerde na te gaan of de gemeente haar belastingbevoegdheid al dan niet uitgeoefend

(1) Hof van Cassatie, 16 maart 1908, *Pas.*, 1908, I, 126.

(2) Hof van Cassatie, 14 oktober 1971, *Arresten*, 1972, p. 167.
Zie ook : Hof van Cassatie, 29 oktober 1968, *Arresten*, 1969, p. 235.
Hof van Cassatie, 18 februari 1969, *Arresten*, 1969, p. 577.

(3) INGEBER, *art.cit.*, p. 11.

(4) Hof van Cassatie, 14 oktober 1971, *Arresten*, 1972, p. 167.
Hof van Cassatie, 17 oktober 1939, *Pas.*, 1939, I, 424.
Hof van Cassatie, 17 oktober 1939, *Pas.*, 1939, I, 428.
INGEBER, *art.cit.*, p. 12.

(5) Hof van Cassatie, 3 maart 1972, met conclusies GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Arresten*, 1972, p. 606.

had met het oog waarop die bevoegdheid verleend was (1).

2. Het gelijkheidsbeginsel en de Raad van State

- 314.- Het is juist in de materie van de belastingen dat het verschil van benaderingswijze tussen de Raad van State en die van het Hof van Cassatie, i.v.m. het gelijkheidsbeginsel, aan het licht komt.
- 315.- De grondhouding is dezelfde, namelijk dat het gelijkheidsbeginsel alleen maar vereist dat alle personen die tot één categorie behoren, dezelfde behandeling ondergaan. De Raad aanvaardt eveneens dat de reglementerende overheid zelf die categorie aanduidt in het bekende arrest Wielemans Ceuppens van 9 december 1949 (2), maar het reeds in Hoofdstuk I besproken arrest van 11 juni 1964, inzake Lemmens tegen de gemeente Borsbeek (3) brengt aan die ruime discretionnaire bevoegdheid een ernstige beperking aan, met als gevolg een bredere toepassing van het gelijkheidsbeginsel. In het geding was een belastingreglement, identiek aan dit waarvan het Hof van Cassatie de wettelijkheid erkende in zijn zoëven besproken arrest van 29 oktober 1968. De Raad van State concludeerde evenwel tot de vernietiging van het reglement, omdat de belastingbevoegdheid door de gemeenteraad met een ander doel was uitgeoefend dan dit waarvoor ze gegeven was, en als zodanig dus geen rechtvaardigingsgrond kon opleveren voor het door het reglement ingevoerde discriminatie.

Uit dit principiële arrest kan men afleiden dat, wanneer voor de Raad van State gewag gemaakt wordt van een schending van het gelijkheidsbeginsel, het aan de betrokken overheid toekomt om aan te tonen welk "geoorloofd oogmerk" de inbreuk op dat beginsel rechtvaardigt. Het volstaat niet dat de bestuurshandeling op zichzelf genomen wettelijke grondslag heeft, de categorieën die de handeling opstelt, of, zo men wil,

-
- (1) Hof van Cassatie, 29 oktober 1968, *Arresten*, 1969, p. 235.
De Raad van State zag wel na met welke bedoeling van de gegeven bevoegdheid was gebruik gemaakt; het bestreden belastingsreglement kon de toets van artikel 6 van de Grondwet niet doorstaan (Raad van State, 11 juni 1964, n° 10675).
- (2) Raad van State, 9 december 1949, n° 181; *R.J.D.A.*, 1950, p. 38
Raad van State, 12 mei 1960, n° 7842; *R.J.D.A.*, 1960, p. 163,
met strijdig advies van substituut auditeur-generaal BOLAND
Raad van State, 25 januari 1966, n° 11609; *R.J.D.A.*, 1966, p. 47.
- (3) Raad van State, 11 juni 1964, n° 10675.

de ingevoerde discriminatie, moeten in "kennelijk verband" staan tot de aard en het oogmerk van diezelfde wettelijke grondslag. Zover oefent het Hof van Cassatie zijn legaliteitscontrole niet uit.

316.- Benoemingen en bevorderingen van ambtenaren geven dikwijls aanleiding tot gedingen waar een beroep gedaan wordt op het gelijkheidsbeginsel.

Al is de overheid die een benoeming wenst te doen, niet verplicht alle personen die daarvoor in aanmerking komen, daarvan in kennis te stellen (1), wel dient er men er rekening mee te houden dat de bekendmaking van vacante betrekkingen niet alleen beoogt in het belang van de dienst goede kandidaten de weg naar het bestuur te wijzen, maar ook om gegadigden voor een openbare betrekking een gelijke kans te geven om benoemd te worden. De bekendmaking van een vacature zonder dat de benoemingsvoorwaarden op duidelijke wijze aangeduid zijn, is op een essentieel punt door een zodanig gebrek aangetast dat het leidt tot de vernietiging van de aanstellingsprocedure en van de aanstelling zelf (2).

De voornaamste toepassing van het gelijkheidsbeginsel in deze materie is wel de vereiste dat de verdiensten van de kandidaten op objectieve wijze vergeleken moeten worden (3) en wel van alle kandidaten (4). Dit is tevens een aspekt van het motiveringsbeginsel (5).

(1) Raad van State, 17 maart 1961, n° 8497.

Raad van State, 27 maart 1962, n° 9273.

Raad van State, 29 juni 1962, n° 9516.

Raad van State, 12 januari 1967, n° 12153.

Raad van State, 13 juni 1968, n° 13026.

ANDERSEN, R., *art.cit.*, p. 82; SAROT, *op.cit.*, p. 229.

(2) Raad van State, 26 maart 1974, n° 16325.

(3) Raad van State, 5 juli 1973, n° 15960.

Raad van State, 20 juli 1973, n° 15985.

Raad van State, 14 december 1974, n° 15615-15617.

Raad van State, 26 maart 1973, n° 15679.

(4) Raad van State, 5 juni 1968, n° 13005; *R.J.D.A.* 1969, p. 120.

Raad van State, 8 maart 1973, n° 15747.

(5) zie hiervoor.

Examens i.v.m. bevordering en benoeming moeten zo verlopen dat de gelijkheid onder de examinandi behouden blijft (1). Het beginsel van de objectieve beoordeling, een aspekt van het gelijkheidsbeginsel, eist "dat elk lid van de examencommissie zelf, elke verrichting onderzoekt van het examen waarvoor hij een waardecijfer moet uitbrengen" (2). Anderzijds is weer ook niet zo dat een adviserend orgaan, dat van mening is dat alle kandidaten in gelijke mate geschikt zijn voor een bepaalde functie, daardoor het recht verbeurd zou hebben "eenieders speciale verdiensten zo fair mogelijk in het licht te stellen" (3).

Vanzelfsprekend is het gelijkheidsbeginsel voor ambtenaren ook van toepassing wanneer te kunnen opzichte andere maatregelen dan bevordering of benoeming genomen worden (4).

In een arrest van 6 april 1973 weigerde de Raad van State een schending van het gelijkheidsbeginsel te zien in de gelijkstelling van bepaalde officieren met technische ingenieurs i.p.v. met burgerlijke ingenieurs, zonder onderscheid te maken op basis van behaalde brevetten en gevoerd bevel (5). Het eigenaardige van deze zaak ligt in de formulering van het middel : namelijk dat op ongelijk geachte gevallen dezelfde regel werd toegepast. Blijkbaar vond de Raad de ongelijkheid niet relevant.

317.- Ook op gebied van economische reglementering zijn er een aantal arresten waar het gelijkheidsbeginsel aan bod komt. Al vroeg eist de Raad dat verschillende behandeling of anders gezegd, indeling in verschillende categorieën, moet steunen op objectieve economische gegevens (6). De Raad van State beperkt zijn toezicht niet tot het uiterlijk voorkomen

(1) Raad van State, 12 oktober 1966, n° 12005.

Raad van State, 19 juni 1969, n° 13638; *R.J.D.A.* 1970, p. 152.

(2) Raad van State, 29 maart 1973, n° 15791.

(3) Raad van State, 10 juli 1973, n° 15961.

(4) Bv. Raad van State, 9 oktober 1972, n° 15499.

(5) Raad van State, 6 april 1973, n° 15809.

(6) Raad van State, 26 september 1952, n° 1840.

Raad van State, 13 maart 1953, n° 2269.

MAROY P., *art.cit.*, p. 114-116; ANDERSEN R., *art.cit.*, p. 88.

van de bestreden handeling. Ministeriele besluiten van 29 december 1970 3 februari 1971, 25 februari 1971 en 29 maart 1971 legde aan alle slaggers zonder onderscheid een prijsverlaging op; op het eerste zicht, een objectieve, niet discriminatoire maatregel. Evenwel, voor slaggers die zich voor de referteperiode, van 11-17 december 1969, gevestigd hadden, waren reeds prijsverlagende maatregelen uitgevaardigd, zodat de nieuwe maatregel discrimineerde t.o.v. slaggers die zich later gevestigd waren. Onder de overweging

"dat de bestreden besluiten zodoende in het toepassingsgebied van de prijsregeling ten opzichte van de kleinhandelaars die erbij betrokken waren, een aanmerkelijk onderscheid hebben gemaakt dat noch door een technische oorzaak, noch door zwaarwichtige redenen van algemeen economisch belang blijkt verantwoord te zijn"

besloot de Raad

"dat derhalve de bestreden besluiten op dit punt het grondwettelijk beginsel van de gelijkheid voor de wet hebben miskend" (1).

Zoals men ziet is discriminatie op economisch gebied alleen verantwoord wanneer er een "technische oorzaak" is, of "zwaarwichtige redenen van algemeen economisch belang". Te noteren valt dat wanneer een discriminatie steunt op redenen van algemeen belang en dus onaanvechtbaar is, dit een, zij het gerechtvaardigde, inbreuk op "het beginsel van de gelijkheid van de lasten" kan betekenen. Daarop, als ook aan de andere voorwaarden voldaan is, kan een vergoedingsaanvraag om buitengewone schade steunen (2).

318.- Een ander aspekt van het gelijkheidsbeginsel komt naar voren in twee arresten van 16 oktober 1973, inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw. Verzoeker kloeg erover dat hem een bouwvergunning geweigerd werd; daar waar in de omgeving van zijn eigendom verschillende gebouwen stonden. Het bleek echter dat die gebouwen vergunningsloos waren opgericht. Dat

(1) Raad van State, 16 juli 1973, n° 15958.
ANDERSEN, R. *art.cit.*, p. 89.

(2) Raad van State, 25 juni 1971, n° 14839.
Dit is de enige hypothese waar CAMBIER de toepassing van dit beginsel aanvaardt (*La responsabilité de la puissance publique et de ces agents*, p. 70 e.v.)

bracht de Raad ertoe te zeggen

"dat hieruit volgt dat ... niet de weigering de bouwvergunning te geven, maar dat toestemming ervan het principe van de gelijke behandeling van de terzake betrokken bouwaanvragen miskent" (1).

De regel die men daaruit kan afleiden is dat men zich niet op een vroegere onregelmatige bestuurshandeling mag beroepen om eenzelfde onregelmatige beslissing te bekomen (2).

Daartegenover staat wel dat in deze materie, waar toch zo licht verschil in feite aangetoond kan worden, en dus verschil in behandeling gerechtvaardigd, de Raad gesteld heeft "dat die [planologische] opvatting welke in de plaats treedt van de stedenbouwkundige voorschriften die, in het door artikel 46 van de wet bedoelde geval, door het plan van aanleg of de verkavelingsvergunning zijn opgelegd, op straffe van tot willekeur en miskennis van het gelijkheidsbeginsel aanleiding te geven, een zekere continuïteit moet vertonen" (3).

In de aanverwante materie van ongezonde, hinderlijke en gevaarlijke bedrijven, acht de Raad het gelijkheidsbeginsel geschonden wanneer de vergunnende overheid voorwaarden oplegt of een vergunning weigert om de hinder beneden de normale lasten van de buurschap te brengen, respectievelijk dit onmogelijk blijkt :

"dat uit het in artikel 6 van de Grondwet neergelegde beginsel dat de Belgen gelijk zijn voor de wet, volgt dat de burens niet gedwongen mogen worden hinder te gedogen boven de normale lasten van de buurschap; dat het bestreden besluit een strengere eis impliceert waar het aan de geplande inrichting verbonden hinder en ongemakken wil brengen beneden de normale lasten van de buurschap" (4).

319.- Sinds het arrest van 15 maart 1974 neemt de Raad van State aan

"dat het beginsel van de gelijkheid der geslachten binnen de werkingsfeer van artikel 6 van de Grondwet ligt",

(1) Raad van State, 16 oktober 1973, n° 15650 en 15651.

(2) SUTENS, L.P., *art.cit*; p. 386; Raad van State, 3 december 1963, n° 10307; Raad van State, 8 februari 1954, n° 3128; Raad van State, 8 nov. 1975, n° 5857; Raad van State, 17 oktober 1958, n° 6956.

(3) Raad van State, 30 januari 1973, n° 15688.

(4) Raad van State, 19 april 1971, n° 14675.

en

"dat ... een discriminatie ... die uitsluitend berust op hun geslacht ... het beginsel van de gelijkheid van de Belgen voor de wet heeft geschonden" (1).

320.- Een samenvatting van de rechtspraak van de Raad van State inzake het gelijkheidsbeginsel vindt men in de volgende passus uit een arrest van 1 februari 1973 :

"Overwegende dat artikel 6 van de Grondwet niet verbiedt dat voor verschillende toestanden verschillende rechtsregels worden toegepast, voor zover de aldus gemaakte verschillen gegrond zijn op het algemeen belang, dus een doel hebben dat met dat belang verband houdt, en voor zover de middelen die tot dat doel worden aangewend, van zodanige aard zijn dat het ermee bereikt kan worden, en niet ingevoerd zijn om te komen tot andere gevolgen, waardoor de gelijkheid van behandeling, d.w.z. de gelijkheid van de door de burger gedragen lasten of genoten voordelen zou worden verstoord" (2).

Deze twee vereisten, nl. 1) de discriminatie moet steunen op objectieve gegevens, of op redenen van algemeen belang, en 2) in dat laatste geval moeten de discriminatoire maatregelen proportioneel zijn aan het doel dat die redenen van algemeen belang nastreven, vindt men ook terug in de interpretatie die het Hof van de Rechten van de Mens geeft aan het discriminatieverbod van artikel 14 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens.

3. Het gelijkheidsbeginsel en het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens.

321.- Over het discriminatieverbod van artikel 14 van het Verdrag (3) zegt het Hof :

"Malgré le libellé très général de sa version française ('sans distinction aucune'), l'article 14 n'interdit pas toute distinction de

(1) Raad van State, 15 maart 1974, n° 16303, *R.W.*, 1974-1975, 353 e.v. met noot A. ALEN.

(2) Raad van State, 1 februari 1973, n° 15694.

(3) Dit verbod geldt alleen voor de uitoefening van de rechten en vrijheden die in het Verdrag of de aanvullende protocollen zijn opgenomen. Echter, wanneer een lid-Staat i.v.m. een van die rechten of vrijheden, meer doet dan hij op grond van het Verdrag verplicht is, dan geldt het verbod ook voor dat meerdere (Cour Eur. D.H. Affaires "relative a certains aspects du regime linguistique de l'enseignement en Belgique" (fond), arrêt du 23 juillet 1968, En Droit, I (Sur le sens et la portée de l'article 2 du protocole ad- .../...

traitement dans l'exercice des droits et libertés reconnus. Cette version doit se lire à la lumière du texte, plus restrictif, de la version anglaise ("without discrimination"). En outre, et surtout, on aboutirait à des résultats absurdes si l'on donnait à l'article 14 une interprétation aussi large que celle que la version française semble impliquer. On en arriverait, en effet, à juges contraires à la Convention chacune des nombreuses dispositions légales ou réglementaires qui n'assurent pas à tous une complète égalité de traitement dans la jouissance des droits et libertés reconnus. Or, les autorités nationales compétentes se trouvent souvent en face de situations ou de problèmes dont la diversité appelle des solutions juridiques différentes; certaines inégalités de droit ne tendent d'ailleurs qu'à corriger des inégalités de fait.

L'interprétation extensive mentionnée ci-dessus ne saurait pas conséquemment être retenue.

Il importe donc de rechercher les critères qui permettent de déterminer si une distinction de traitement donnée, relative bien entendu à l'exercice de l'un des droits et libertés reconnus contrevient ou non à l'article 14. A ce sujet, la Cour, suivant en cela les principes qui se dégagent de la pratique judiciaire d'un grand nombre d'Etats démocratiques, retient que l'égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objective et raisonnable. L'existence d'une pareille justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques. Une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime; l'article 14 est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé" (1).

.../...

ditinnet et des articles 8 et 14 de la Convention), B (Opinion de la Cour), nr. 9, p. 33).

Over artikel 14 van het Verdrag, zie : P. GUGGENHEIM, "Quelques remarques au sujet de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme" in : *Liber R. Cassin*, I, p. 95-100; M.A. EISSEN, L'autonomie de l'article 14 de la C.E.D.H. dans la jurisprudence de la Commission, in : *Mélanges offert à Polys Modinos*, 1968, p. 122-145; J.E.S. FAWCETT, *The application of the European Convention on Human Rights*, 1969, p. 232-242; PH. VEGLERIS, Le principe d'égalité dans la Déclaration Universelle et la Convention européenne des Droits de l'Homme, in : *Miscellanea Ganshof van der Meersch*, 1971, t.I, p. 565-588.

- (1) Cour. Eur. D.H., Affaires "relatives à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" (tond), arrêt de 23 juillet 1968, En Droit, I, B, n° 10, p. 34.

322.- De gelijkenis tussen de twee arresten is opvallend. Het lijkt dan ook niet te gewaagd om te stellen dat het Hof, om inbreuken op het gelijkheidsbeginsel te aanvaarden, dezelfde voorwaarden stelt als de Raad van State : het doorgevoerde onderscheid moet een objectieve grondslag hebben dan wel een geoorloofd doel nastreven ("algemeen belang"); de discriminatoire maatregelen moeten op dat doel gericht zijn, en daarmee in redelijke verhouding zijn. Dit is een soepele toepassing van het gelijkheidsbeginsel, maar tevens een die de rechter in staat stelt een doeltreffend toezicht op de overheid terzake te houden (1).

C. *De inhoud van het beginsel "patere legem quam ipse fecisti".*

323.- Op de band tussen pseudo-wetgeving het "patere legem" beginsel werd reeds eerder gewezen (2); van belang is verder het eveneens al vermelde arrest Lion van 22 december 1971, dat de regel stelt dat iedere overheid zelfbindingsnormen mag opstellen i.v.m. de door dat bestuur toe te passen algemene beginselen van behoorlijk bestuur (3).

Het beginsel zelf werd aanvaard, voor het eerst, in het arrest François van 26 augustus 1949 (4); de stelling van professor Velge "qu'un arrêté royal peut toujours déroger à un autre arrêté royal" werd daardoor verworpen (5).

(1) Om die reden kan dan ook niet de bewering van Alen bijgetreden worden dat de stelling van het Hof "geen verre draagwijdte heeft en dat de invloed van artikel 14 zeer zwak is" (R.W., 1974-1975, 366).

(2) Zie hoofdstuk II, § 1, 4 : Openbaarheid en pseudo-wetgeving.

(3) Raad van State, 22 december 1971, n° 15094.

(4) Raad van State, 26 augustus 1949, n° 115; met noot DE VISSCHERE in *R.J.D.A.*, 1949, p. 198-261; met noot PERIN in *Rev. adm.*, 1949, p. 246-254.

(5) H. VELGE, *"La loi du 23 décembre 1946 instituant en Belgique le Conseil d'Etat"*, Brussel, Bruylant, 1946, p. 173.
Zie hierover : HUBERLANT Ch., *art.cit.*, p. 678-679; MAROY P., *art.cit.*, p. 117-119; SUTENS L.P., *art.cit.*, p. 386; ANDERSEN, *art.cit.*, p. 91-94; SAROT maakt het onderscheid niet, al vermeldt hij wel toepassingen van het beginsel (*op.cit.*, p. 229, voetnoot 7).

Dit beginsel heeft voornamelijk toepassing gevonden inzake openbare aanbestedingen, wanneer de aanbestedende overheid de voorwaarden van haar lastenkohier niet naleefde (1), maar ook daarbuiten (2).

Meer dan het geval is bij het gelijkheidsbeginsel, leunt het "patere legem" beginsel aan bij de rechtzekerheid, bij het rechtmatig vertrouwen van de rechtsonderhorige dat de overheid hem zal behandelen in overeenstemming met de regels die zij zelf uitgevaardigd heeft.

Vanzelfsprekend belet het "patere legem" beginsel niet dat de overheid de regels die zij opgesteld heeft, wijzigen kan, maar zij mag dit niet doen bij het nemen van een individuele beschikking, wel bij wijze van uitvaardiging van een regel van algemene en abstracte draagwijdte (3).

D. De betekenis van het gelijkheidsbeginsel en het beginsel "patere legem" voor de preventieve rechtsbescherming.

324.- Beide beginselen zijn een zeker een hinderpaal tegen willekeur vanwege de overheid. Deze functie wordt door rechtspraak en rechtsleer onderkend.

Aanleiding tot moeilijkheden geeft de waardeschaal die bij de toepassing van het beginsel noodzakelijkerwijze moet gehanteerd worden : welke dis-

-
- (1) Bv. Raad van State, 2 april 1954, n° 3285.
 Raad van State, 15 maart 1957, n° 5553.
 Raad van State, 22 maart 1957, n° 5559.
 Raad van State, 11 oktober 1957, n° 5821.
 Raad van State, 11 oktober 1957, n° 5822.
 Raad van State, 29 oktober 1954, n° 3772. *R.J.D.A.*, 1955, p. 38 met noot DE VISSCHERE.
 Raad van State, 9 maart 1956, n° 5012;
 MAROY, P., *art.cit.*, p. 119-120;
 M.A. FLAMME, "Service public et puissance publique", in : *Miscellanea Ganshof van der Meersch*, Bruylant 1973, t. III, p. 487-491.
- (2) Men voege toe aan de bij Suetens en Maroy vermelde rechtspraak :
 Raad van State, 24 november 1972, n° 15562.
 Raad van State, 25 januari 1973, n° 15672.
- (3) Raad van State, 14 november 1949, n° 156.
 Raad van State, 23 december 1949, n° 203.
 Raad van State, 6 juli 1951, n° 998.
 Raad van State, 10 juni 1954, n° 3460.
 Raad van State, 22 december 1961, n° 9069.
 Raad van State, 24 juni 1966, n° 11907, *R.J.D.A.*, 1967, p. 213 met advies en uittreksel van het verslag van Ch. HUBERLANT.

criminaties of onderscheidingen zal men met dit beginsel verenigbaar achten ?

Welke zijn de "critères de relevance" bij het vaststellen van de categorieën ?

D eze vaagheid is echter een noodzakelijk kwaad omdat zij toelaat de beginselen met de samenleving mee te laten evolueren. Een strakke en ongenueanceerde interpretatie zou leiden tot verstarring en bevrozing. Zoals het Hof van de Rechten van de Mens opmerkte : "Certaines inégalités de droit ne tendent d'ailleurs qu'à corriger des inégalités de fait".

Ook is gebleken, en dit is niet ongewoon, dat de Raad van State de verantwoording die van overheidswege gegeven worden voor inbreuken op het gelijkheidsbeginsel, aan een kritischer onderzoek onderwerpt dan het Hof van Cassatie.

§ 6. *De rechtszekerheid of de beginselen in verband met de honorering van het gewekte vertrouwen.*

A. Definitie en grondslag.

Naar Nederlands recht kan de rechtszekerheid gedefinieerd worden als

"het beginsel ... dat de burger moet kunnen vertrouwen op wat door hem niet anders gezien kan worden dan als een vaste gedragslijn van de overheid. Hij heeft er ook recht op, dat de overheid zijn rechtspositie duidelijk vaststelt en niet in het vage laat" (1).

Daarbij komt nog een tweede aspect, namelijk dat "gewekte verwachtingen, waarop men in redelijkheid mocht bouwen, dienen te worden gehonoreerd, tenzij gewichtige redenen zich daartegen verzetten" (2).

(1) BELINFANTE, A.D., *Kort begrip van het administratief recht*, Alphen a/d Rijn, 1968, p. 18.

In "Algemene bepalingen van administratief recht", p. 128, worden talrijke voorbeelden uit de Nederlandse administratieve rechtspraak gegeven.

Zie ook de definitie van VAN ROOSMALEN, *op.cit.*, p. 63-64.

(2) IN'T VELD, J., in "Algemene bepalingen van administratief recht", *geschrift LXI van de Vereniging voor Administratief recht*, Haarlem, 1968, p. 12.

Van beide aspecten geeft professor Suetens enige Belgische voorbeelden (1).

Het eerste aspect vindt een gedeeltelijke rechtsgrond in artikel 14 lid 2 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, namelijk inzoverre daarin een termijn bepaald is voor het nemen van beslissingen die genomen moeten worden. Het beginsel heeft echter geen andere rechtsgrond dan zichzelf wanneer de vraag om een beslissing vanwege een rechtsonderhorige niet moet geantwoord worden krachtens een wettelijke bepaling.

Ook het tweede aspect vindt deels een grondslag elders, namelijk in de pseudowetgeving. Daarnaast zijn er gevallen denkbaar dat van pseudowetgeving geen sprake kan zijn, maar waar toch het gewekte vertrouwen niet beschaamd mag worden.

326.- Maar onder de hoofding rechtszekerheid kan men nog meer beginselen onderbrengen, met name deze die de intrekking, afschaffing en wijziging van bestuurshandelingen beheersen. Deze tweede groep die, in tegenstelling tot de eerste niet toekomstgericht is, beoogt regelen te stellen i.v.m. het raken aan de rechtstoestand van rechtsonderhorigen.

Een van die beginselen, het verbod van retro-activiteit steunt op artikel 2 van het Burgerlijk Wetboek, zoals Cambier terecht opmerkt (2). In principe is immers het burgerlijk recht in België, anders dan in Frankrijk, ook op het bestuur van toepassing (3). De andere beginselen zijn van jurisprudentiële oorsprong.

(1) SUETENS, L.P., *art.cit.*, p. 387.

(2) CAMBIER, *op.cit.*, 43 : "Faut-il dire qu'il n'est pas question de transposition, mais d'application du prescrit de l'article 2".

(3) HUBERLANT, Ch., *art.cit.*, p. 667.

B. Toepassingen van het rechtszekerheidsbeginsel

327.- Naast het arrest Lombaert van 19 juni 1968 (1) en C.O.O. Paturages van 14 maart 1955 (2), zijn er nog een aantal andere arresten van de Raad van State waar op de rechtszekerheid een beroep gedaan wordt.

Wanneer een gemeente de benoemingsvoorwaarden voor een functie heeft vastgesteld en de toezichthoudende overheid heeft deze niet vernietigd, dan mag de gemeente verwachten tot de benoeming te kunnen overgaan op grond van de eerder gestelde voorwaarden (3).

Hoewel de tekst van artikel 30 § 1 van de wetten op het lager onderwijs, gecoördineerd op 20 augustus 1957 en gewijzigd bij artikel 1 van de wet van 1 juli 1964, de gemeenteraad niet verplicht de stagedoende onderwijzer(es) vast te benoemen, bestaat die verplichting toch, wanneer de stage bevredigend verlopen is (4).

Een gemeenteverordening bepaalt dat het bestuur zich het recht voorbehoudt personen, door hem aangewezen en die daarmee instemmen, in dienst te houden na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Daaruit volgt voor het bestuur weliswaar geen verplichting om daarvoor in aanmerking komende personeelsleden in dienst te houden, maar het moet aanvragen van die persoon wel in overweging nemen en daarover beschikken. Met andere woorden, de aanvrager heeft recht op een beslissing (5).

Reeds in een van de eerste arresten van de Raad van State wordt impliciet een beroep gedaan op het rechtszekerheidsbeginsel :

"Overwegende dat zo op 20 april datum waarop de bestreden tuchtstraf werd opgelegd, de departementale raad van beroep in het Ministerie van Landsverdediging niet wederopgericht was geworden, niet blijkt dat de tegenpartij ingevolge uiterlijke en van haar wil onafhankelijke omstandigheden volstrekt en materieel in de onmogelijkheid zou verkeerd hebben deze raad van beroep voor 20 april 1948 opnieuw samen te stellen" (6).

(1) Raad van State, 19 juni 1968, n° 13030; *R.J.D.A.*, 1969, p. 145-150, met noot M.A. THOMAS.

(2) Raad van State, 4 maart 1955, n° 4128.

(3) Raad van State, 3 april 1973, n° 15800.

(4) Raad van State, 13 juni 1973, n° 15912.

(5) Raad van State, 10 juni 1971, n° 14801.

(6) Raad van State, 7 november 1950, n° 1550.

Verder moet men praktisch alle arresten vermelden waarin de hand gehouden wordt aan het beginsel "patere legem quam ipse fecisti" (1). De rechtsonderhorige moet er inderdaad op kunnen vertrouwen dat het bestuur voor zijn geval de regels zal volgen die het voor zichzelf uitgestippeld heeft voor soortgelijke gevallen.

C. Beginselen i.v.m. intrekking, opheffing en wijziging van administratieve handelingen

328.- Intrekking van een bestuurshandeling doet in principe de ingetrokken handeling volkomen teniet, en is te vergelijken met de vernietiging uitgesproken door de Raad van State (2). Opheffing daarentegen werkt ex nunc, en laat de bestuurshandeling bestaan voor de tijd voorafgaand aan de afschaffing (3). Wijziging laat de bestuurshandeling als zodanig bestaan maar verandert een of meer modaliteiten of voorwaarden ervan. Soms kan de wijziging zo ver gaan, dat men in feite voor een nieuwe bestuurshandeling komt te staan.

Het spreekt vanzelf dat intrekking, opheffing en wijziging van bestuurs-handelingen een inbreuk betekenen of kunnen betekenen, op de rechtszekerheid of op het door de handeling gewekte vertrouwen (4).

1. Intrekking

329.- Bij de beoordeling van de geoorloofdheid van de intrekking van een bestuurshandeling, zij weze van reglementaire of van individueel beschik-kende aard, zijn twee factoren in acht te nemen : is de handeling regelmatig? Heeft de handeling rechten doen ontstaan?

(1) Zie hiervoor, n° 311 e.v.

(2) Zie hiervoor : DELATTE, J.R., "Le retrait des actes administratifs individuels", *Annales Fac. Dr. Liège*, 1965, p. 93-116.

(3) Dewalle, P., L'abrogation des actes administratifs unilatéraux, *Annales Fac. Dr. Liège*, 1970, p. 63-141.

(4) Men kan moeilijk van inbreuk op de rechtszekerheid gewagen wanneer intrekking, opheffing of wijziging op aanvraag van de belanghebbende tot stand komen.

a) De handeling is regelmatig en heeft rechten doen ontstaan.

Rechtsleer (1) en rechtspraak (2) zijn het erover eens dat een dergelijke bestuurshandeling niet ingetrokken kan worden.

Die eensgezinsheid belet niet dat de praktijk niet altijd zo eenvoudig is. Zonder de discussie over het begrip "recht" hier te willen openen kan verwezen worden naar het in het administratief recht niet onbekend begrip concessies of toleranties. Kunnen de daaraan ten grondslag liggende handelingen al dan niet worden ingetrokken (3)?

In hoeverre kan het beïnvloeden door een nieuwe bestuurshandeling van de bevolgen van een vroegere bestuurshandeling als intrekking van deze laatste beschouwd worden? Sarot schrijft dat de overheid de "draagwijdte" van vroegere rechtenverlenende handelingen moet eerbiedigen (4) maar Flamme stelt dat zo'n handelingen wel vatbaar zijn voor opheffing (5). Beide stellingen zijn overigens niet onverenigbaar : het volstaat aan te nemen dat gevolgen die bestonden op een ogenblik dat de handeling nog niet opgeheven was, blijven bestaan. Alleen zal het niet steeds gemakkelijk zijn om het tijdstip aan te duiden waarop bepaalde gevolgen zijn tot stand gekomen. Bijvoorbeeld een verkavelingsvergunning die regelmatig werd afgeleverd, wordt opgeheven. Quid met de percelen die na de

(1) FLAMME, M.A., *art.cit.*, p.241.

PEREMANS, R., De intrekking door de administratieve overheid van de door haar uitgereikte bouw- en verkavelingsvergunningen, *Tijdschrift voor Aannemingsrecht*, 1974, p. 180.

MAROY, P., *art.cit.*, p. 138;

SAROT, *op.cit.*, p. 247;

CAMBIER, *op.cit.*, p. 50.

(2) Raad van State, 3 maart 1952, n° 1339 en 1340.

Raad van State, 20 mei 1952, n° 1578

Raad van State, 7 juli 1952, n° 1804

Raad van State, 20 november 1953, n° 2920

Raad van State, 11 juni 1954, n° 3468-3478

Raad van State, 18 juni 1954, n° 3499

Raad van State, 6 november 1951, n° 1134

Raad van State, 21 februari 1958, n° 6091

Raad van State, 20 november 1958, n° 6691

Raad van State, 27 februari 1962, n° 920

Raad van State, 13 december 1963, n° 10335.

(3) Zie CAMBIER, C., *op.cit.*, p. 49.

(4) SAROT, *op.cit.*, p. 247.

(5) FLAMME, *art.cit.*, p. 241.

opheffing verkocht worden? Dat de vergunning rechten heeft doen ontstaan, kan niet betwijfeld worden. De Raad van State leidt daaruit af dat de vergunning niet eenzijdig gewijzigd kan worden, wat schijnt in te houden dat ze niet opgeheven kan worden; opheffing is immers nog ingrijpender dan een wijziging (1).

b) De handeling is regelmatig, maar heeft geen rechten doen ontstaan Volgens Peremans kan een dergelijke handeling nooit ingetrokken worden (2); Flamme daarentegen signaleert een aantal gevallen waar intrekking wel mogelijk werd geacht : hij maakt niet het onderscheid tussen regelmatige en onregelmatige gevallen, maar onder de aangehaalde uitspraken zijn er sommige die rechtshandelingen betreffen waarvan de regelmatigheid geen twijfel laat (3).

c) De handeling is onregelmatig

Hier speelt de graad en de oorzaak van onregelmatigheid een belangrijke rol. Ondanks de onregelmatigheid kunnen immers toch rechten voor derden daardoor ontstaan zijn.

Zo een handeling kan als regel alleen maar worden ingetrokken binnen de termijn bepaald voor het indienen van een verzoekschrift bij de Raad van State, of wanneer zo'n verzoekschrift is ingediend, tot de sluiting van de debatten (4).

(1) Raad van State, 15 mei 1970, n° 14123.

(2) PEREMANS, *art.cit.*, p. 184.

(3) Raad van State, 7 maart 1961, n° 8475
Zie ook : Conseil d'Etat fr., 6 februari 1948, Demoiselles Mollet et Salvan, R., 62.

(4) Raad van State, 7 februari 1961, n° 8424; *J.T.*, 1961, 444
Raad van State, 20 december 1960, n° 8284
PEREMANS, R., *art.cit.*, p. 189, en de daar geciteerde rechtspraak;
FLAMME, M.A., *art.cit.*, p. 241.
De aandacht moge gevestigd worden op de moeilijkheden die hieruit voortvloeien. De termijn voor het indienen van een verzoekschrift kan immers verschillen in functie van de persoon die dat verzoekschrift indient. Met welke termijn moet dan rekening worden gehouden? Zie FLAMME, *art.cit.*, p. 142.

Uitzonderingen op die regel :

- Wanneer de onregelmatigheid van zo'n grove aard is dat de handeling die erdoor aangetast is, voor onbestaande moet worden gehouden; (1).
- wanneer de handeling door bedrog is uitgelokt; (2)
- wanneer een uitdrukkelijke wetsbepaling de intrekking toelaat (3).

2. Opheffing en wijziging

330.- a) Handelingen van reglementaire aard

Alle handelingen van reglementaire aard kunnen steeds opgeheven en gewijzigd worden, omdat niemand aanspraak kan maken op het instandhouden van een bepaalde reglementering (4).

- (1) Raad van State, 13 februari 1953, n° 2206
 Raad van State, 21 oktober 1960, n° 8167
 Raad van State, 20 november 1953, n° 2920
 Raad van State, 7 juli 1954, n° 3550
 Raad van State, 27 juli 1956, n° 5297
 PEREMANS, R., *art.cit.*, p. 190.
 FLAMME, M.A., *art.cit.*, p. 142.
 SAROT, *op.cit.*, p. 249

Het verdient opmerking dat het begrip "grove onregelmatigheid" niet zonder meer duidelijk is. Uit de door Peremans aangehaalde rechtspraak blijkt bovendien dat in de gevallen waar de overheid met succes op toepassing van dit criterium een beroep deed de verzoeker zelf in meerdere of mindere mate schuld had aan de onregelmatigheid of tenminste op voorhand wist dat de te nemen beslissing wettelijk niet in orde was.

Men kan zich afvragen of de Raad ook op dit criterium een beroep zou doen wanneer de betrokken rechtsonderhorige geen enkele schuld treft, of er geen voorkennis van de onregelmatigheid aanwezig is.

Men vergelijk de arresten bij Peremans geciteerd met het arrest Vrinssen van 9 december 1969, n° 13829, waar de Raad van mening was dat een der onregelmatigheid van een afgeleverde bouwvergunning zo niet uitsluitend dan toch hoofdzakelijk aan de overheid zelf te wijten was, en dus geen grond gaf voor intrekking.

- (2) PEREMANS, *art.cit.*, p. 191, en aangehaalde rechtspraak
 FLAMME, M.A., *art. cit.*, p. 241.
- (3) PEREMANS, *art.cit.*, p. 192
 FLAMME, M.A., *art.cit.*, p. 241.
- (4) FLAMME, M.A., *art.cit.*, p. 240
 CAMBIER, C., *op.cit.*, p. 47
 Raad van State, 6 april 1951, n° 813
 Raad van State, 10 juli 1951, n° 1013
 Raad van State, 28 november 1952, n° 1989
 Raad van State, 7 april 1954, n° 3290
 Raad van State, 10 juni 1954, n° 3460.

b) Handelingen met individuele draagwijdte

Voor Flamme is het een uitgemaakte zaak dat ook handelingen met individuele draagwijdte opgeheven kunnen worden, zij het alleen door middel van de "acte contraire" (1).

In afwezigheid van andersluidende teksten, moet de *actus contrarius* gehoorzamen aan dezelfde vorm en bevoegdheidsvoorwaarden als de opgeheven handeling. Dit vormenparallellisme is een vorm van rechtsbescherming (2).

331.- Maar bij het beoordelen in concreto van de invloed van de opheffing op de gevolgen van de opgeheven handeling blijkt het onderscheid tussen opheffing en intrekking te vervagen. Hiervoor werd reeds de mening van Sarot weergegeven, dat regelmatige handelingen die rechten hebben doen ontstaan niet onrechtstreeks door latere handelingen ongedaan mogen worden gemaakt : dit zou een vorm van intrekking kunnen zijn. Opheffing zou in sommige gevallen zo een invloed kunnen hebben.

Dewalle stelt dat opheffing niet mogelijk is wanneer de eerste handeling een "situation irréversible" geschapen heeft en zij haar bevoegdheid tot de bodem toe daarin gebruikt heeft, maar jammer genoeg, blijkt uit de gegeven voorbeelden dat deze criteria geen verduidelijking kunnen krijgen en tot een lastige casuïstiek aanleiding geven (3).

Al wat men kan zeggen is dat sommige individuele beschikkingen wel opgeheven kunnen worden (bv. een benoeming) door middel van een *actus contrarius*, andere niet (bv. een bouwvergunning). Dit geldt ook voor wijzigingen.

(1) FLAMME, *art.cit.*, p. 241.

DEWALLE, P., *art.cit.*, p. 81 : "Les actes subjectifs créateurs de situations particulières ont un contenu rigide et ne pourront être affectés que par un acte juridique spécialement approprié, dit "acte contraire".

(2) DEWALLE, P., *art.cit.*, p. 119-132.

(3) DEWALLE, P., *art.cit.*, p. 129-130.

332.- c) Verbod van retro activiteit (1)

Het beginsel dat bestuurshandelingen niet terugwerken is in feite de onderbouw waarop de beginselen i.v.m. intrekking, opheffing en wijziging stoe-
len.

Hiervoor werd reeds gezegd dat het beginsel zijn neerslag vindt in artikel 2 van het Burgerlijk Wetboek (2). J.M. Kluyskens meent dat het beginsel minstens ten dele steunt op het beginsel dat verworven rechten onaangetast moeten blijven (3).

Op te merken valt dat Goffin het niet eens is met de stelling dat het retroactiviteitsverbod zijn grondslag vindt in het beginsel van de verworven rechten maar wel in artikel 67 van de Grondwet: de uitvoerende macht moet getrouw de wetten ten uitvoer leggen en mag niet, tenzij de wetgever het juist gewild of toegestaan heeft, aan de uitvoeringsbesluiten terugwerkende kracht geven (4).

Hier moet verwezen worden naar het belangrijke arrest van het Hof van Cassatie van 22 oktober 1970 (5).

Op grond van een K.B. van 1 oktober 1963, gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 19 oktober daarna, en genomen in uitvoering van artikel 15 van de wet van 11 oktober 1919 tot instelling van de Nationale Maatschappij voor Goedkope Woningen, had een door die maatschappij erkende samenwerkende vennootschap aan een van haar huurders een huursupplement doen betalen van 825 fr. per maand, vanaf 1 januari 1962.

(1) SAROT, *op. cit.*, p. 231.

M. DUMONT, La jurisprudence du Conseil d'Etat sur la rétroactivité des actes administratifs, *R.J.D.A.*, 1957, p. 182-188.

L. GOFFIN, De la non-rétroactivité des actes administratifs, *J.T.*, 1952, p. 297-299.

C. CAMBIER, *op. cit.*, p. 42.

W. VAN ASSCHE, De retroactiviteit van de administratieve taken, *T.B.P.*, 1950, p. 107-113.

(2) Zie voetnoot

(3) J. M. KLUYSKENS, noot onder Raad van State, 28 oktober 1949, n° 148, *T.B.P.*, 1950, p. 182-186, t.a.p. 185.

In dezelfde zin: W. VAN ASSCHE, *art. cit.*, p. 108-111.

Zie ook de noot van J. MERTENS onder hetzelfde arrest, *T.B.P.*, 1950, p. 128-131.

(4) GOFFIN, *art. cit.*, p. 299.

(5) Hof van Cassatie, 22 oktober 1970, *J.T.*, 1971, 8, met noot van M.-Th. Cuvelliez; *Pas.*, 1971, I, 145, met de conclusies van Ganshof van der Meersch.

De huurder vroeg terugbetaling van de supplementen betaald gedurende de periode van 1 januari 1962 tot 1 oktober 1963, zich daarbij steunend op het feit dat het K.B. van 1 oktober 1963 ten onrechte met terugwerkende kracht werd toegepast.

De relevante overwegingen van het arrest luiden als volgt:

"Mais attendu que rien ne permet de déduire de là que, comme le soutient la demanderesse, le pouvoir exécutif dès lors qu'il prend des dispositions réglementaires pour l'application de semblable législation, serait, par là même, affranchi de l'obligation d'observer le principe général du droit garant des intérêts individuels et de la sécurité juridique, que constitue la non-rétroactivité, principe consacré notamment dans l'article 2 du Code civil;

...

Attendu qu'il incombe au pouvoir exécutif, dans l'accomplissement de la mission que lui confère l'article 67 de la Constitution, d'observer lui-même le principe général de la non-rétroactivité dans l'exécution d'une loi non-rétroactive;..."

Dit arrest heeft ongetwijfeld de waarde van een principe arrest.

Behoudens machtiging door de wetgever mag de uitvoerende macht in het vervullen van haar taak geen afbreuk doen aan definitief verworven situaties. Geen retroactiviteit dus. Bovendien moet volgens het Hof de wil van de wetgever om van het beginsel af te wijken, zeker zijn.

Opvallend is ook dat het zijn uitspraak niet doet steunen op artikel 2 van het Burgerlijk Wetboek als zodanig, maar wel op het algemeen rechtbeginsel van het verbod van retroactiviteit, dat met name zijn uitdrukking vindt in voornoemd artikel. De gelijkenis met de klassieke zinsnede die door de Franse Raad van State m.b.t. algemene beginselen gebezigd wordt, is frappant.

Intrekking, opheffing en wijziging zijn niet mogelijk wanneer daardoor aan verworven rechten afbreuk gedaan wordt, behoudens wanneer het gaat om onregelmatige individuele handelingen, in geval van grove onregelmatigheid, bedrog of andersluidende wettelijke bepaling.

Uit de rechtspraak van de Raad van State blijkt verder dat tuchtmaatregelen terugwerkende kracht mogen hebben, "op voorwaarde dat zij een periode gelden gedurende dewelke de belanghebbenden regelmatig

buiten dienst was" (1).

D. De preventieve rol van het rechtszekerheidsbeginsel

- 33.- De twee voornaamste aspecten van het rechtszekerheidsbeginsel namelijk dat van de overheid verwacht mag worden dat zij een bepaalde houding zal aannemen, wanneer zij daartoe aanleiding heeft gegeven - a fortiori wanneer zij daartoe door een wet of reglementaire bepaling verplicht is -, en dat zij niet zomaar kan terugkomen op haar vroegere daden en onthoudingen, zijn beide een doeltreffende bescherming tegen willekeur, en perken tegelijkertijd de beleidsvrijheid van het bestuur in.

Duidelijk komt dit naar voren in de hiervoor besproken zaak waar de gemeente verplicht was de stagedoende onderwijzeres vast te benoemen, wanneer de stage op bevredigende wijze was verlopen, hoewel geen tekst die verplichting oplegde (2).

§ 7. De beginselen van de rechten van de verdediging, of de beginselen met betrekking tot de procedure voorafgaand aan de administratieve besluitvorming

A. Definitie en grondslag

- 334.- In tegenstelling tot de andere algemene beginselen van behoorlijk bestuur geeft de term "rechten van de verdediging" op onnauwkeurige wijze weer wat er onder verstaan moet worden. Dit vindt vermoedelijk zijn oorsprong in het feit dat deze "rechten" uit het procesrecht, meer bepaald uit het strafprocesrecht, naar het administratief recht overgekomen zijn.

De term is onnauwkeurig omdat in het administratief recht, het tuchtrecht en, misschien wat ruimer, het terrein van de administratieve sancties

(1) H. VLIEBERGH, noot onder Raad van State, 9 februari 1956, n° 4948, *T.B.P.*, 1956, p. 200.
in dezelfde zin : GOFFIN, *art.cit.*, p. 298; VAN DER STICHELE noot bij Raad van State, 24 november 1951, n° 1177 en 30 november 1951, n° 1187, *T.B.P.*, 1952, p. 68-70.

(2) Raad van State, 13 juni 1973, n° 15912.

buiten beschouwing gelaten, geen sprake is van een beklagde, een vervolgende partij, een straf, begrippen die de woorden "rechten van de verdediging" automatisch oproepen. Daarenboven kan een overmatig gebruik ervan tot een ontwikkeling leiden waarin burger en bestuur als elkaars tegenstrevers, zoniet vijanden gezien worden, terwijl toch het bestuur veeleer de burger ten dienste moet staan, zij het met behartiging van het algemeen belang.

Men kan trachten de beginselen die in de "rechten van de verdediging" vervat zijn, op een minder agressieve wijze te omschrijven, als de beginselen die mogelijk maken dat eenieder, van wie een recht of een belang door een voorgenomen bestuurshandeling geraakt kunnen worden, op doeltreffende wijze en met kennis van zaken zijn standpunt kan uiteenzetten vooraleer de handeling tot stand is gekomen (1).

In het burgerlijk en strafprocesrecht en daarbuiten in heel wat bijzondere wetten, worden aan de rechten van de verdediging een wettelijke basis verschaft (2), maar in het administratief recht ontbreekt een dergelijke grondslag, wat een mogelijke verklaring kan zijn voor de relatieve zwakte van het beginsel. Men zal zich herinneren dat de Raad van State nog steeds stelt dat in niet betwiste zaken, de betrokken rechtsonderhorigen alleen die rechten kunnen laten gelden die een wet of tekst van reglementaire strekking hen uitdrukkelijk verlenen (3).

- (1) De "klassieke" definitie vindt men in artikel 2 van het decreet van 20 juli 1831 : "la liberté de la demande ou de la défense". Zie : HAYOIT DE TERMICOURT, R., Un aspect du Droit de défense, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1956, p. 245-246; CAMBIER, C., *op.cit.*, p. 59; HUBERLANT, Ch., *art.cit.*, p. 685 e.v.; SUTENS, L.P., *art.cit.*, p. 388. GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., Le droit de la défense, principe général de droit. Réflexions sur des arrêts récents - in : *Mélanges Jean Dabin*, p. 594; Id., Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit, J.T., 1970, p. 591.

- (2) Voor een opsomming zie GANSHOF VAN DER MEERSCH, Propos..., *J.T.*, 1970, p. 591-592.

- (3) Bv. Raad van State, 14 juli 1955, n° 4508
Raad van State, 4 oktober 1960, n° 8107
Raad van State, 22 januari 1963, n° 9827
Raad van State, 26 november 1963, n° 10292
Raad van State, 22 april 1969, n° 12031
Raad van State, 19 juni 1970, n° 14182
Raad van State, 26 februari 1971, n° 14559
Raad van State, 29 februari 1972, n° 15186.

335.- De invloed van de jurisdictionele oorsprong van het beginsel blijkt uit de evolutie van de rechtspraak van de Raad van State (1). Professor Cambier, wiens studie "La censure de l'excès de pouvoir par le Conseil d'Etat" verscheen in 1956, schreef nog :

"Dans tous les cas où ils ne sont pas inhérents à la nature juridictionnelle du pouvoir exercé, et où, s'il s'agit d'autres manifestations de l'activité de l'Administration, leur observation n'est pas prévue, les principes du droit de défense ne trouvent pas à s'appliquer" (2),

maar enige jaren later kon Huberlant schrijven :

"Dans son sens strict, le respect des droits de la défense implique que personne ne peut, sans avoir eu l'occasion de présenter utilement sa défense, faire l'objet d'une condamnation pénale ou civile, d'une peine disciplinaire, d'une sanction administrative ou même d'autres mesures administratives défavorables qui y sont assimilées. Le manière très générale, les dispositions qui organisent les procédures- qu'elles soient juridictionnelles ou même purement administratives- prescrivent l'audition préalable de ceux qui sont menacés d'une des mesures qui viennent d'être énumérées. Mais, même sans texte, cette formalité s'impose sur base d'un principe général" (3).

Hoewel het toepassingsgebied zich dus had uitgebreid, merkt Huberlant op dat rechtspraak buiten het tuchtrecht schaars was.

336.- Op 1 december 1966 en op 5 februari 1970 komen dan de principiële arresten Zeippen en Lamalle. Van dan af is het duidelijk dat

"tegen niemand een ernstige maatregel, ook al is het geen tuchtmaatregel, kan worden uitgevaardigd, tenzij de betrokkene is gehoord en dus de kans heeft gehad uiteen te zetten waarom de overwogen maatregel uit het oogpunt van de dienst niet verantwoord is, een regel die geenszins verward mag worden met het beginsel van het recht van verdediging in straf- en tuchtzaken" (4).

Toch zijn deze arresten niet als een eindpunt te beschouwen. Vooreerst, deze arresten werden gewezen in een ambtenarenzaak en niets wijst er op dat de Raad voornemens is van het onderscheid tussen betwiste en niet-betwiste zaken af te stappen wanneer het gaat om niet-ambtenaren.

(1) FLAMME, M.A., *art.cit.*, p. 228.

(2) CAMBIER, *op.cit.*, p. 60.

(3) HUBERLANT, Ch., *art.cit.*, p. 685. Te noteren dat de woorden "présenter utilement sa défense" letterlijk voorkomen in het arrest van de Franse Conseil d'Etat van 22 mei 1946, Maillou, *Sirey*, 1946, 3, 52.

(4) Raad van State, 5 februari 1970, n° 13939.

Ten tweede, en dan nog gaat het beginsel alleen maar op bij "ernstige maatregelen" en hiervan geeft de Raad geen verduidelijking, wat weerom niet bevorderlijk is voor de rechtszekerheid noch voor een goede rechtsbedeling.

337.- Men voelt aan dat naarmate men zich voor de toepassing van het beginsel, verder en verder verwijderd van de juridictionele procedure, de term "rechten van de verdediging" minder en minder bruikbaar wordt. Dit blijkt reeds uit het bovenvermelde citaat uit het arrest *Lamalle*. Maar het valt ook op dat de twee auteurs die het meest recent over dit beginsel geschreven hebben, de term "recht(en) van de verdediging" nauwelijks of niet meer hanteren, maar veeleer spreken van "audi et alterum partem" (1), of van het contradictoir karakter van de administratieve besluitvorming (2).

Op de wenselijkheid om in het administratieve recht althans, het beginsel "audi et alteram partem" als werkelijke basis te gaan aanvaarden i.p.v. de rechten van de verdediging is G. Isaac in zijn proefschrift uitvoerig ingegaan, en niets wijst erop dat zijn conclusies terzake ook in België niet juist zouden zijn (3).

Het beginsel heeft dus betrekking op de procedure die de besluitvorming voorafgaat. Andere beginselen die typisch van procedurale aard zijn, betreffen de samenstelling van de bestuursorganen belast met het nemen van de beslissing en hun onpartijdigheid (4). Zij komen eveneens voort uit het procesrecht.

(1) SÜETENS, L.P., *art.cit.*, p. 388.

(2) FLAMME, M.A., *art.cit.*, p. 227.

(3) ISAAC, G., *La procédure administrative non-contentieuse*, Paris, L.G.D.J., p. 389-396.

(4) In Nederland worden beide beginselen : "auditur et alteram partem" en "nemo index in causa sua", samengebracht in het beginsel "fair play"; dit is volgens WIARDA (*art.cit.* p. 372), "die groep van normen en beginselen die bij een behoorlijk bestuur in acht moeten genomen worden als waarborg voor de onpartijdigheid van de bestuurder en van de gelegenheid die de burger behoort te hebben om op te komen voor zijn bij bepaalde bestuurshandelingen betrokken belangen".

B. Het beginsel "*audi et alteram partem*"

337.- Flamme onderscheidt drie aspecten van dit beginsel :

1. De betrokkene moet op voorhand door het bestuur in kennis gesteld worden van de precieze feiten die hem verweten worden.
2. Hij moet op doeltreffende wijze zijn opmerkingen kunnen maken en behoort derhalve, tenminste in tuchtzaken, mededeling te krijgen van het dossier, en gehoord te worden.
3. Hij moet in persoon kunnen verschijnen, zich doen bijstaan door raadgevers en getuigen doen dagvaarden (1).

Professor Flamme onderstreept echter zelf welke belangrijke perken aan de toepassing van deze aspecten van dit beginsel in de weg staan : de naleving ervan is alleen verplicht in geval van wettelijk of reglementair voorschrift, van vast administratiefgebruik in tuchtzaken. De arresten Zeippen en Lamalle betekenen een gedeeltelijke ontheffing van die perken (2).

Een aantal uitspraken van na het arrest Lamalle moge aantonen dat het *audi et alteram partem* voor het actief, d.i. niet jurisdictioneel bestuursorgaan, aan de voormelde beperkingen onderworpen blijft.

338.- In drie arresten, van 19 juni 1970, 26 februari 1971 en 21 februari 1972, bevestigt de Raad van State zijn rechtspraak dat de beslissingen over aanvragen i.v.m. hinderlijke, ongezonde en gevaarlijke bedrijven geen beslissingen in betwiste zaken zijn, en dat derhalve de betrokkenen voor het verdedigen van hun belangen over geen andere waarborgen beschikken dan hun uitdrukkelijk door de wetten en verordeningen verleend (3).

Bij het nemen van een besluit tot onbewoonbaarverklaring is de burgemeester niet verplicht

"om, vooraleer een huis onbewoonbaar te verklaren, de eigenaar te verwittigen en hem uit te nodigen om hetzij bij het voorafgaand onderzoek aanwezig te zijn, hetzij opmerkingen te maken".

(1) FLAMME, M.A., *art.cit.*, p. 227 en aangehaalde rechtspraak.

(2) FLAMME, M.A., *art.cit.*, p. 228.

(3) Raad van State, 19 juni 1970, n° 14182
 Raad van State, 26 februari 1971, n° 14559
 Raad van State, 29 februari 1972, n° 15186.

Als reden wordt opgegeven,

"dat het immers om een politiemaatregel gaat die, behoudens bewijs van het tegendeel, een urgent karakter heeft en derhalve met een voorafgaand tegensprekelijk onderzoek meestal niet verenigbaar is" (1).

Aan de regel, dat het recht om gehoord te worden of een van zijn aspecten, alleen door een reglementaire tekst verleend kan worden, wordt strak de hand gehouden. Een intern dokument, dat richtlijnen geeft aan een ambtenaar die verslag moet uitbrengen bij een bestuursorgaan is niet voldoende (2).

Wanneer een toezichthoudende overheid een besluit van een onder haar toezicht staande overheid vernietigt, is zij niet verplicht om eerst deze overheid te horen (3).

Derden, die eventueel door een bouwvergunning benadeeld kunnen worden, kunnen er geen aanspraak op maken dat de vergunninguitreikende overheid hen eerst zou horen (4).

De beslissing om een geneesheer als specialist te erkennen gaat uit van de minister van volksgezondheid. Daaraan gaat een procedure vooraf bij een commissie van eerste aanleg en verder bij een commissie van beroep. Moet het advies van de commissie van beroep aan de aanvrager worden medegedeeld? Neen, antwoord de Raad van State, want in een debat op tegenspraak is alleen voorzien tijdens de voorafgaande fase, ten overstaan van de commissie van eerste aanleg en van beroep.

Het besluit :

"dat geen enkel algemeen procedurebeginsel eist, dat in een zodanig geval aan de betrokken geneesheer kennis wordt gegeven van het advies" (5).

Vermeldenswaard is ook een arrest van 17 oktober 1972, waar de Raad overwoog,

" dat de wetgever, al staat het hem vrij de beginselen van de burgerlijke rechtspleging tot grondslag te nemen, ... bij het organiseren van een procedure in hoger beroep, ..., er niet op absolute wijze door gebonden is, onder meer wanneer hij een materie buiten de organisatie van de hoven en rechtbanken bestrijkt" (6).

(1) Raad van State, 27 november 1972, n° 15581.

(2) Raad van State, 26 juni 1973, n° 15940.

(3) Raad van State, 13 juni 1973, n° 15915.

(4) Raad van State, 6 november 1973, n° 16088.

(5) Raad van State, 18 juni 1971, n° 14828.

(6) Raad van State, 17 oktober 1972, n° 15512.

Anderzijds, wanneer er een tekst voorhanden is die bepaalde procedure-formaliteiten voorschrijft, zal de Raad geneigd zijn het belang van de betrokken rechtsonderhorige zwaar te laten doorwegen bij het beoordelen van tekortkomingen aan die verplichtingen, maar arresten terzake zijn zeldzaam (1).

Niet onvermeld mag blijven het arrest van 9 juli 1974, waar de Raad van State van mening was dat de gemachtigde ambtenaar die tegen een beslissing van een bestendige deputatie in beroep gaat op grond van artikel 55 § 2, lid 1 van de wet op de ruimtelijke ordening van de stedenbouw, er niet mee kan volstaan aan de bouw-aanvrager het blote feit van het beroep aan te zeggen, maar dat deze

"Zoals de Minister, mededeling moet ontvangen van het hele beroepsschrift, met de daarbij horende toelichtingen" (2).

Het is nog in tuchtzaken dat men het meeste uitspraken aantreft in verband met het beginsel "audi et alteram partem"; het zijn ook die uitspraken die toelaten de toepassingsmodaliteiten van dat beginsel te preciseren.

Zo is de voorlezing van een dossier dat niet aan de ambtenaar werd medegedeeld een schending van de rechten van de verdediging, zelfs als die voorlezing schijnbaar geen invloed gehad heeft op de beslissing (3).

Het dossier, in tuchtzaken, moet volledig zijn in alle instanties (4).

Wat betreft het orgaan dat de ambtenaar moet horen, is er een zekere evolutie in de rechtspraak van de Raad van State.

Een arrest van 24 mei 1966 besliste dat de burgemeester tegen wie een afzettingsmaatregel overwogen wordt, niet door de minister persoonlijk gehoord moet worden, al was dat in een ministeriële omzendbrief gezegd (5). Op 15 februari 1972 oordeelde de Raad dat artikel 130 bis van de Gemeentewet eerst naar behoren toegepast wordt wanneer de betrokken agent,

(1) Raad van State, 18 maart 1971, n° 14616.
Raad van State, 26 september 1973, n° 16023.

(2) Raad van State, 9 juli 1974, n° 16546.

(3) Raad van State, 9 mei 1968, n° 12944; *R.J.D.A.*, 1969, p. 73.

(4) Raad van State, 25 oktober 1972, n° 16083.

(5) Raad van State, 24 mei 1966, n° 11828.

persoonlijk wordt gehoord door de bevoegde gemeentelijke disciplinaire overheid; het doet er weinig toe dat die overheid over een procesverbaal beschikte opgemaakt n.a.v. een verhoor van de ambtenaar door een hiërarchische meerdere (1).

De termijn die nodig is voor de voorbereiding van de verdediging staat in functie van de ingewikkeldheid van de zaak en van het feit of de ambtenaar al dan niet voor kennis had, of kon hebben, van de op handen zijnde tuchtprocedure (2).

Alleszins is kennisgeving van de ten laste gelegde feiten de dag zelf van het verhoor duidelijk laattijdig; dit euvel wordt niet goed gemaakt door het enkele feit dat de betrokkene bij de hoorzitting daar niet tegen geprotesteerd heeft(3).

De oproeping om op een hoorzitting te verschijnen kan, wanneer zij onvoldoende duidelijk is en de hoorzitting dus niet beschouwd kan worden als een voldoende toepassing van het "audi et alteram partem" beginsel, toch gelden als een inzetten van een tuchtprocedure. De opgeroepene is derhalve verplicht om te verschijnen (4).

Dit arrest is mede van belang omdat het bevestigt dat het Europees Verdrag ter bescherming van de rechten van de mens, en met name artikel 6 van dat Verdrag, niet van toepassing is op tuchtzaken. Deze interpretatie stemt overeen met die van het Hof van Cassatie en die van de Europese Commissie van de rechten van de mens (5).

(1) Raad van State, 15 februari 1972, n° 15164.

(2) Raad van State, 9 februari 1972, n° 15150
Raad van State, 22 juli 1971, n° 14832.

(3) Raad van State, 22 oktober 1974, n° 16686; *R.W.*, 1974-1975, 1250 met noot SUETENS.

(4) Raad van State, 5 juli 1971, n° 14865.

(5) Commissie van de Rechten van de Mens § X.t. Duitsland, n° 4561/70, *Rec.* n° 39, p. 58; § X.t. Duitsland, n° 4300/69, *Rec.*, n° 37, p. 78; Hof van Cassatie, 10 maart 1972, *R.W.*, 1972-1973, 1975.

C. Samenstelling van de overheidsorganen

339.- De rechtspraak van de Raad van State i.v.m. de samenstelling van overheidsorganen is niet van tegenstrijdigheid ontbloot.

Enerzijds is er een arrest Mertens van 8 februari 1966

waar de Raad van mening was "dat bewust rechtsbeginsel [nemo index in causa sua] toepassing vindt op alle rechtscolleges doch niet, behoudends uitdrukkelijke bepaling, op een orgaan van het actief bestuur, dat, zoals de directieraad bij wijze van voorstel benevens zijn andere bevoegdheden op ook een bevoegdheid op tuchtgebied uitoefent; dat immers zijn inrichting, samenstelling en wijze van beraadslagen grondig verschillen van die van rechtscollege, het aan zijn leden enkel verboden is deel te nemen aan beraadslagingen over zaken waarin zij persoonlijk of hun naast verwanten rechtstreeks materieel belang hebben en er geen mogelijkheid bestaat zijn leden te wraken" (1).

Anderzijds in een arrest van 6 mei 1971, stelde de Raad dat de taalwetgeving van openbare orde is, en derhalve ook de samenstelling van de jury inzake taalinspectie dus ook aan de openbare orde raakte. In casu was een van de juryleden ere-inspecteur-generaal daar waar de wet sprak van inspecteurs-generaal. De Raad poneerde

"dat de wetgeving inzake taalzaken van openbare orde is; dat zij in het algemeen belang aan de burgers een aantal strakke regelen oplegt waaraan zij zich niet mogen onttrekken; dat de wetgever hun als tegenprestatie waarborgen heeft verleend zoals inzake onderwijs, mogelijkheid om beroep in te stellen bij de jury; dat die waarborg louter denkbeeldig zou worden indien de jury mocht worden samengesteld op een andere wijze dan in de teksten is bepaald" (2).

Zoals men ziet, aan de ene kant de mening dat de samenstelling van organen van het actief bestuur niet van openbare orde is, dat daar geen wraking mogelijk is, aan de andere kant de tegenovergestelde mening.

Onbetwist is alleszins dat de samenstelling van administratieve rechtscolleges aan de openbare orde raakt (3).

(1) Raad van State, 8 februari 1966, n° 11632.

(2) Raad van State, 6 mei 1971, n° 14704.

(3) Raad van State, 19 april 1971, n° 14677.

D. *Het beginsel van de onpartijdigheid*

340.- Professor Suetens merkt terecht op :

"Waar het geen rechtscolleges betreft, is de rechtspraak van de Raad van State veeleer aarzelend en zelfs wisselvallig" (1).

Dit blijkt overduidelijk uit de door hem geciteerde rechtspraak, waaronder ook het hierboven vermelde arrest Mertens van 8 februari 1966.

Nochtans schijnt er een zekere evolutie naar een strakkere toepassing van het beginsel.

Een ambtenaar die de beslissing waartegen beroep was ingesteld moest verdedigen mocht niet bij de deliberatie over de beslissing in beroep aanwezig zijn (2).

Evenmin mag een ambtenaar zich uitspreken over een onderwerp waarbij hij een rechtstreeks en persoonlijk belang heeft (3).

Men vergelijkte daarmee de veel strengere houding van de Franse Conseil d'Etat :

"Or, dans une enquête dirigée contre un fonctionnaire, l'intervention (comme rapporteur) d'un fonctionnaire appartenant à la même administration ne présente évidemment par les garanties d'objectivité et de désintéressement sans parler de celles résultant de la formation technique qu'offre un auditeur du Conseil d'Etat" (4).

(1) SUETENS, L.P., *art.cit.*, p. 389.

MAROY, P., *art.cit.*, p. 128; HUBERLANT, Ch., *art.cit.*, p. 687-689.

(2) Raad van State, 30 mei 1969, n° 13593; *R.J.D.A.*, 1970, p. 142.

(3) Raad van State, 6 december 1973, n° 16150.

(4) Conclusions ODENT in Conseil d'Etat, Bianquis, van 5 april 1946, *Et. doc. C.E.*, 1947, p. 58.

In een andere uitspraak, van 9 november 1966, werd het vonnis van de administratieve rechtbank van Rennes bevestigd, dat de uitslag van een examen voor de functie van gemeentesecretaris en de daaropvolgende benoeming van de gemeentesecretaris vernietigde, op grond van de partijdigheid van de burgemeester als voorzitter van de jury die het examen afnam (1).

Op een eerste procedure van directe aanwerving meldde zich maar een kandidaat, ene juffrouw Podeur. Zonder op die kandidatuur in te gaan schreef de burgemeester dan een examen uit dat voorbehouden was voor kandidaten van het mannelijk geslacht, maar na tussenkomst van de departementale diensten, die op de ongrondwettigheid van dat voorbehoud wezen, werden ook dames toegelaten. Na de eerste fase van het examen was juffrouw Podeur het beste geplaatst, voor twee mannelijke kandidaten, maar na het tweede deel van het examen, een gesprek met de jury werd zij door een van de twee andere kandidaten voorbijgestoken. Deze werd benoemd tot gemeentesecretaris.

Op conclusies van Braibant, commissaire de gouvernement, oordeelde de Conseil d'Etat: "qu'en égard à cette position prise par le maire, la présence de ce dernier en qualité de président du jury privait par elle-même la demoiselle Podeur des garanties d'impartialité auxquelles tout candidat est en droit de prétendre et a vicié les opérations du concours".

Het beginsel van de onpartijdigheid is al geschonden wanneer een partijdig persoon van het beslissingsorgaan deel uitmaakt, behalve wanneer de strakke toepassing van dat beginsel de samenstelling van het orgaan onmogelijk zou maken. In dat geval tracht de Conseil d'Etat na te gaan of de invloed van de partijdige personen op het nemen van de beslissingen niet te groot geweest is, om in bevestigend geval de beslissing te vernietigen. Ook is de aanwezigheid van een partijdig persoon niet voldoende om op zichzelf de beslissing onwettig te maken, wanneer de partijdigheid niet van ernstige aard is. Ook dan wordt alleen de invloed van de partijdige persoon op de beslissing nagegaan.

(1) Conseil d'Etat fr., 9 novembre 1966, Commune de Clohars-Carnoët, *Dalloz*, 1967, 92, met conclusies Braibant; *A.J.D.A.*, 1967, 1ere partie, 34.

Als regel volstaat evenwel de aanwezigheid van een partijdig persoon om een beslissing ongeldig te maken (1).

Voor zoveel als nodig weze aangestipt dat de onpartijdigheid van de leden van een rechtsprekend college een vereiste is, en dat ook zonder een uitdrukkelijke bepaling, leden van zo'n college gewraakt kunnen worden (2).

(1) Zie conclusies Braibant, *Dalloz*, 1967, 93.

(2) LENAERTS, H., op. cit., n° 82,; HUBERLANT, Ch., *art. cit.*, p. 688
 SUTENS, L.P., *art. cit.*, p. 389; FLAMME, M.A., *art. cit.*, p. 229
 GANSHOF VAN DER MEERSCH, *art. cit.*, p. 583.
 Raad van State, 14 april 1954, n° 3318.
 Raad van State, 9 november 1954, n° 3318.
 Raad van State, 25 maart 1955, n° 4184.
 Raad van State, 17 mei 1955, n° 4288.
 Raad van State, 16 maart 1956, n° 5032.
 Raad van State, 27 november 1956, n° 5387.
 Raad van State, 8 april 1960, n° 7780.
 Raad van State, 13 september 1961, n° 8776.
 Raad van State, 13 oktober 1961, n° 8847.
 Raad van State, 20 maart 1962, n° 9257.

E. Beperkingen van de procedurerechten.

341.- Naast de beperking dat de procedurerechten in niet betwiste zaken alleen maar bestaan zo ze door een tekst verleend zijn, komt als voornaamste beperking voor de systematische weigering van de Raad van State om zich uit te spreken over de gevolgen van de betekening van een administratieve beslissing buiten de termijnen die in de relevante wetten of reglementen voorgeschreven zijn.

Die stelling vindt men uitgedrukt in een arrest van 28 oktober 1969. De laattijdige betekening van een besluit waarbij een vergunning wordt geweigerd tast de rechtmatigheid van dat besluit niet aan. De Raad meent dat het desgevallend aan de strafrechter of burgerlijke rechter toekomt om hierover uitspraak te doen (1).

In de wet van 16 november 1961, waarbij o.a. aan het Kolendirectorium de bevoegdheid gegeven wordt om bedrijfszetels te sluiten, is ook een procedure ingesteld die aan sluitingsbeslissingen moet voorafgaan. Die procedure lijkt wel enigszins op een jurisdictionele procedure, maar wijkt er toch in belangrijke mate van af. Dit verschil wordt door de Raad van State kernachtig uitgedrukt als volgt: "Que cette procédure, malgré les garanties qu'elle comporte pour les entreprises, ne peut être assimilée à une procédure devant une juridiction, que le moyen, en tant qu'il est fondé sur la violation de l'article 3, § 6, de la loi du 16 novembre 1961, manque en droit" (2).

Ook hier is de Franse rechtspraak strenger (3).

In verband met deze rechtspraak kan ook nog gewezen worden op de afwezigheid van een verplichting om de weigering een benoeming goed te keuren aan de belanghebbende mede te delen (4), of om de benoeming tot een

(1) Raad van State, 28 oktober 1969, n° 13757; *Gemeente*, 1970, p. 392 *Mouvement Communal*, 1970, p. 250.

Vgl. Raad van State, 20 november 1973, n° 16111.

(2) Raad van State, 21 december 1962, n° 9797; *RJDA*, 1963, 51.

Vgl. FLAMME, Vers la codification de la procédure administrative, p.

(3) Bv. Tribunal Administratif Orléans, 9 november 1973, Rec. Lebon p. 821.

(4) Raad van State, 19 december 1973, n° 16169.

bepaalde functie aan de niet-benoemde kandidaten ter kennis te brengen (1). Verplichting tot mededeling van een beschikking bestaat immers alleen maar wanneer die beschikking de rechtssituatie van een persoon individueel bepaalt (2).

Zelfs al zou men aannemen dat de niet-benoeming, of niet-goedkeuring van een benoeming, zo'n beschikking zou zijn, dan nog lijkt de enige sanctie van de miskennen van de mededelingsplicht te zijn dat het indienen van een verzoekschrift bij de Raad van State niet onontvankelijk is *ratione temporis*.

(1) Raad van State, 25 mei 1972, n° 15319.

(2) Raad van State, 29 april 1970, n° 14098.

F. Evaluatie van de procedurerechten

342.- Procedurerechten dragen ertoe bij de medewerking en de inspraak van de rechtsonderhorigen te versterken. Ook sommige aspecten van andere algemene beginselen van behoorlijk bestuur geven in feite een procedurele bescherming : de formele motivering, het "patere legem" beginsel.

In tegenstelling tot de andere beginselen, vertonen de procedurerechten een zwak punt, namelijk dat zij, behalve in tuchtzaken en terzake van maatregelen die de individuele rechtspositie van een ambtenaar ernstig beïnvloeden, alleen maar bestaan wanneer een tekst daarin voorziet.

Een tweede bezwaar raakt aan de aard van deze beginselen. Meer dan de andere beginselen, die vooral de werking van de administratie op zichzelf genomen trachten te beïnvloeden, kunnen zij ertoe leiden dat bestuur en burger elkaar als tegenstrevers gaan zien; de procedure wordt meer en meer formalistisch, zij dringt zich op de voorgrond, men gaat discussiëren over ontvankelijkheid, excepties, enzovoorts, zodat de zaak niet ten gronde wordt behandeld. Dat dit gevaar niet denkbeeldig is, kan het Amerikaanse voorbeeld aantonen (1).

343.- Nochtans is de eindbalans positief : de positie van de rechtsonderhorige tijdens de administratieve besluitvorming zou erop verbeteren bij een gematigde, voorzichtige formalisering van bepaalde rechten. Het beslissingsproces zou er niet nadelig door beïnvloed worden; integendeel, met Flamme kan men zeggen :

"Rien de plus normal, dès lors que le principe se fonde sur le souci très pratique de moralité et d'efficacité administratives, l'obligation faite aux autorités compétentes de mettre en cause les intéressés et de provoquer leurs explications réduisant à la fois les risques d'arbitraire et ceux d'erreur" (2).

(1) DAVIS, *op.cit.*, p. 155-161.

(2) FLAMME, *art.cit.*, p. 227.

§ 8. Marginale toetsing

344.- Vooraleer dit hoofdstuk te besluiten past het nog even in te gaan op het leerstuk van de marginale toetsing.

De term werd voor het eerst gebruikt, in Nederland, door van Wijk in zijn inaugurale rede, in 1959 (1), en hij voert die terug op het objectiveringsbeginsel, begrip dat door van den Bergh gebruikt werd naar aanleiding van het bekende Doetinchemse woonruimtearrest (2)(3).

Het objectiveringsbeginsel berust volgens Prakke op een taakverdeling, waarbij :

" primair een bepaalde instantie is aangewezen voor het nemen van een bepaalde beslissing, terwijl een ander instantie volgens diezelfde taakverdeling weliswaar tot controle van dit beslissing is geroepen, maar niet tot een volledige controle; op grond dat juist de eerstgenoemde instantie de aangewezen is voor het nemen van de beslissing, doet de beoordelende instantie het niet "nog eens over", maar beperkt zij zich bij haar beoordeling tot het onderzoek of de primair aangewezen instantie in redelijkheid heeft kunnen beslissen zoals zij heeft gedaan" (4).

345.- De reden dat de marginale toetsing hier ter sprake wordt gebracht is dat zowel van Wijk (5) als Prakke (6) ingaan op de verhouding algemene beginselen - marginale toetsing.

Voor Van Wijk zijn de algemene beginselen niet alleen rechtsbeginselen, maar zij duiden mede de grenzen aan van de rechterlijke toetsingsmacht. Vandaar dat "Toetsing aan deze beginselen is marginale toetsing, maar het is toetsing op rechtmatigheid" (7).

Maar, zoals Prakke terecht opmerkt, men mag die stelling niet omdraaien, : marginale toetsing is ruimer dan toetsing aan de algemene beginselen alleen (8).

(1) VAN WIJK, H.D., *Voortgaande terugtred*, N. Samsom N.V., Alphen a/d Rijn, 1959, p. 3.

(2) VAN DEN BERGHE, *Verzamelde opstellen*, II, p. 24.

(3) Hoge Raad, 25 februari 1949, *N.J.*, 558.

(4) PRAKKE, L., *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en marginale toetsing*, *Ars Aequi*, 1966, p. 278.

(5) VAN WIJK, *art. cit.*, p. 19.

(6) PRAKKE, *art.cit.*, p. 284 e.v.

(7) VAN WIJK, *art.cit.*, p. 19

(8) PRAKKE, *art.cit.*, p. 285.

De beschrijving van de stand van zaken wordt nu wel verduisterd doordat het criterium, dat de Hoge Raad hanteerde in het Doetinchemse woonruimte-arrest, namelijk het bij afweging van de in aanmerking komende belangen niet in redelijkheid tot de beschikking kunnen komen, in de BAB wet onder artikel 4 c) als afzonderlijke beroepsgrond is opgenomen onder de vorm zelf van een algemeen beginsel.

Voor WIARDA is de marginale toetsing een sterke inperking van 's rechters toetsingsbevoegdheid :

"In Nederland pleegt men aan deze gedistantieerde wijze van beoordeling de naam van marginale toetsing te geven, waarmede wordt bedoeld dat toetsing slechts op de uiterste grens van redelijkheid, dus uitsluitend met het oog op evidente gevallen van onredelijkheid plaats vindt" (1).

346.- Mag men daaruit besluiten dat de marginale toetsing in feite een terug-treden van de rechter ten voordele van het bestuur inhoudt?

Deze vraag kan met ja en nee beantwoord worden.

Daar de Hoge Raad weigert de bestuurshandelingen aan de algemene beginselen te toetsen, betekent dit dat het "kennelijk onredelijk" criterium een marginalere toetsing inhoudt dan de toetsing aan de algemene beginselen zou meebrengen.

Voor de administratieve rechtscolleges ligt het anders. Daar zal op marginale toetsing ("kennelijk onredelijk") alleen een beroep gedaan mogen worden als er geen andere norm, met name algemeen beginsel, voorhanden is waarop de beslissing van de rechter kan steunen (2).

Daar gaat de marginale toetsing dus verder dan de toetsing aan de (andere) beginselen van behoorlijk bestuur. Dat betekent dus dat de toetsende instantie zich verder begeeft op het pad van de opportuniteitscontrole, en in feite de grens van de rechtmatigheidscontrole overschreden heeft.

Bekijkt men nu de rechtspraak van de Raad van State dan stelt men vast dat de Raad sinds vrij onlangs uitdrukkelijk een beroep doet op het

(1) WIARDA, Algemene beginselen ..., *TBP*, 1970, p. 369.

(2) Zoals PRAKKE het stelt : "In verband met deze wetten zal de toepas-selijkheid van de willekeurnorm dus beperkt blijven tot die geval-len waarin van een beschikking slechts dit kwade gezegd kan worden dat bij de belangenafweging kennelijk onjuiste gewichten of een kennelijk onjuist ingestelde weegschaal zijn gebezigd" (*art.cit.*, p. 286).

redelijkheidscriterium (1).

Al wordt in een arrest van 26 februari 1971 van een bestuurshandeling gezegd "dat ... niet blijkt dat die zinswijze kennelijk onjuist is" (2) - een formulering die zo uit het Nederlands recht kon overgenomen zijn -, dan valt het toch op bij de bestudering van de overige rechtspraak terzake, dat enerzijds het woord "kennelijk" achterwege blijft, anderzijds op dit criterium een beroep gedaan wordt, daar waar ook andere algemene beginselen in aanmerking kwamen.

Weliswaar is het soms duidelijk dat de onredelijkheid van kennelijke aard was, ook al wordt dit niet gezegd (3), maar in andere arresten wordt het redelijkheidscriterium op een ruimere wijze gehanteerd - wat dus een verruiming van het toezichtsrecht inhoudt, al moet eraan toegevoegd worden dat in geen van die gevallen de Raad van oordeel was dat de beslissing onredelijk was, zelfs gemeten naar deze bredere maatstaf (4), behalve dan in een geval (5).

Wordt het redelijkheidscriterium vrij schaars gebruikt in de rechtspraak van de Raad van State, dan moet men toch rekening houden met de mogelijkheid dat dit criterium ooit het bestuur aan een verderreikend toezicht van de Raad zal onderwerpen dan met de andere toetsingscriteria mogelijk is.

347.- Nog een aspect van het redelijkheidscriterium moet vermeld worden: het evenredigheidsbeginsel.

Tot nu toe heeft de Raad van State geweigerd om te oordelen of een opgelegde tuchtstraf in verhouding stond tot de ten laste gelegde en bewezen geachte

(1) W. LAMBRECHTS, situeert de eerste uitingen van die rechtspraak in 1966, (*art. cit.*, p. 28).

(2) Raad van State, 26 februari 1971, n° 14559.

(3) Bv. Raad van State, 12 december 1972, n° 15612.

(4) Raad van State, 8 juni 1965, n° 11865
Raad van State, 3 december 1969, n° 13822
Raad van State, 10 maart 1971, n° 14593
Raad van State, 21 april 1971, n° 14678
Raad van State, 10 juli 1973, n° 15961.

(5) Raad van State, 28 april 1966, n° 11779.

feiten (1), tenzij dan in gevallen, waar de Raad blijkbaar van mening was dat de tekortkoming, alle omstandigheden in acht genomen, zo miniem was dat zij de opgelegde sanctie (een vermindering van signalement; de schorsing van een burgemeester voor drie dagen als tuchtstraf; de tuchtstraf van waarschuwing aan de directeur van een ziekenhuis) niet kon rechtvaardigen (2). Ook hier kan men spreken van marginale toetsing.

§ 9. *Besluit van hoofdstuk III*

A. *Ontwikkeling van het verschijnsel "algemene beginselen van behoorlijk bestuur"*

348.- In 1970 kon professor Suetens nog schrijven m.b.t. de algemene beginselen van behoorlijk bestuur : "als dusdanig heeft de formule in het Belgisch recht nog geen ingang gevonden" (3), als voegde hij daar onmiddellijk en terecht aan toe dat dit niet wilde zeggen dat het verschijnsel onbekend was in het Belgisch administratief recht.

Sindsdien heeft zich, vooral in de rechtspraak van de Raad van State, een kwantitatieve en kwalitatieve ontwikkeling voorgedaan, zoals uit de voorgaande paragrafen is gebleken.

Speciale vermelding verdient een arrest van de Raad van State van 17 april 1974 waarin men de volgende principeverklaring aantreft :

"Overwegende dat de commissie van openbare onderstand, zoals trouwens elke bestuursoverheid, zich moet gedragen in de uitoefening van haar bevoegdheid overeenkomstig de eisen van behoorlijk bestuur, zonder dat het vereist is dat zodanig gedrag bij uitdrukkelijk voorschrift is opgelegd" (4).

(1) Bv. Raad van State, 19 februari 1973, n° 15723.

In Frankrijk is de oplossing dezelfde. Een pleidooi voor een ommekeer vindt men in een bijdrage van Françoise DREYFUS, *Les limitations du pouvoir discrétionnaire par l'application du principe de la proportionnalité*, in : *Revue du Droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1974, p. 691-719, en dit naar aanleiding van drie uitspraken van het Tribunal administratif van de Internationale Arbeidsorganisatie van 14 mei 1973, die het evenredigheidsbeginsel hanteren.

(2) Raad van State, 27 januari 1966, n° 11614; Raad van State, 31 juli 1957, n° 5791; Raad van State, 12 december 1969, n° 13842.

(3) SUETENS, L.P., *art.cit.*, p. 380.

(4) Raad van State, 17 april 1974, n° 16364; *R.W.*, 1974-1975, 310.

Veeleer dan als een revolutionnaire ommezwaai, moet deze verklaring aanzien worden als een bevestiging en bekroning van een evolutie, waar de discretionnaire bevoegdheid van de administratie geleidelijk aan gebonden werd aan de eisen van "behoorlijk" bestuur. Of, zoals Van Wijk het beeldend uitdrukt :

"In dat onbekend veld van vrij beleid blijken toch een aantal vaste punten te bestaan, die steenvast in 't oog moeten worden gehouden naar ieder weet die daar bezig is" (1).

Alleen zijn daaropvolgende overweging dat hier alleen sprake is van "een minimum aan vastheid, bij overwegende vaagheid" kan nu niet meer zonder nuances aanvaard worden. Ook aan deze nuances is het tijdsverloop - van Wijk's inaugurale rede dateert van 1959 - niet vreemd. Het aantal bakens is toegenomen. Het bestuur moet nu voorzichtiger koersen. Het weet nu dat het niet alleen rekening heeft te houden met de voorschriften van wet en reglement, het voormelde arrest Balliu van 17 april 1974 heeft het bestuur erop attent gemaakt dat ook niet-geschreven rechtsregels haar beleidsvrijheid beperken, hoeveel onduidelijkheid er ook moge zijn over aantal, inhoud en draagwijdte van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Om van Wijk's zeevarende vergelijking door te trekken, het bestuur mag niet alleen op zicht varen, maar ook op kompas en dieptelood : want juist de mogelijke onduidelijkheid die de algemene beginselen omgeeft, doet ze soms lijken op riffen en zandbanken.

B. Bezwaren tegen en tekorten van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur

349.- De evolutie naar een quantitatief en kwalitatief ruimere toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is niet van kritiek gespaard gebleven en zelfs het bestaan van de algemene beginselen werd in vraag gesteld.

De bezwaren steunen in hoofdzaak op twee redenen.

350.- De eerste is van principiële aard. Zij gaat ervan uit dat de algemene beginselen in feite niet meer zijn dan een voorwendsel dat de rechter gebruikt om zijn oordeel in de plaats van dat van het bestuur te

(1) VAN WIJK, *art.cit.*, p. 19.

schuiven, en leiden tot een "gouvernement des juges". Op deze grond steunt het principiële verzet van Somerhausen (1), maar ook voorstanders van de toepassing van de algemene beginselen, zoals Mertens de Wilmars (2), en Ganshof van der Meersch (3), laten niet na te wijzen op dit gevaar.

Veeleer dan met Ganshof van der Meersch (4) dit gevaar als denkbeeldig van de hand te wijzen, moet men met Somerhausen erkennen dat inderdaad in de verhouding rechter-bestuur een machtsverschuiving ten voordele van de eerstgenoemde heeft plaatsgevonden. Die verschuiving is mogelijk geworden doordat de wetgever nagelaten heeft het begrip "machtsoverschrijding" nader te bepalen, zodat de Raad van State door aan dit begrip een extensieve interpretatie te geven en er met name ook de schending van de algemene beginselen onder te vatten, zijn toezicht op het bestuur heeft kunnen verscherpen en verdiepen (5).

Deze vaststelling hoeft niet te verontrusten. De Raad van State - en minder nog de gewone rechtbanken - maken geen misbruik van hun bevoegdheid. Tot nu toe hebben zij blijk gegeven van voldoende "juridical restraint" om het verwijt van "gouvernement des juges" te ontlopen; vanuit het standpunt van de rechtsbescherming is de balans alleszins positief.

351.- Het tweede bezwaar is van meer praktische aard. Door aan het bestuur teveel "formaliteiten" op te leggen, zo wordt er geklaagd, belet de Raad het bestuur doelmatig te handelen. Met andere woorden, de "doelmatigheid" wordt uitgespeeld tegen de "behoorlijkheid". Vooral de Visschere heeft gewaarschuwd tegen het aantasten van de beleidsvrijheid

(1) SOMERHAUSEN, *art.cit.*, p. 485-487.

(2) MERTENS DE WILMARS, *art.cit.*, p. 9.

(3) GANSHOF VAN DER MEERSCH, Le droit de la défense, ... in : mélanges Jean Dabin, p. 588 en 591-594.

(4) Propos sur le texte de la loi; *J.T.*, 1970, 567.
In mindere mate is ook Suetens de mening toegedaan dat voor rechterlijke willekeur niet gevreesd moet worden (*art.cit.*, p. 393).

(5) HUBERLANT, Ch., *art.cit.*, p. 673 : "Il n'empêche qu'à défaut de définition précise formulée par le législateur, le Conseil d'Etat dispose d'un certain pouvoir d'appréciation pour délimiter les contours de cette notion d'"excès de pouvoir".

en -doelmatigheid, en somt een aantal argumenten op tegen wat hij noemt "te ver gedreven juridische mechanisatie van het bestuur" (1), maar ook principiële voorstanders van de algemene beginselen zoals Buch zijn voor dit risico niet ongevoelig gebleven (2).

Al kan het voorkomen dat "behoorlijkheid" en "doelmatigheid" met elkaar in conflict komen, dit hoeft niet zo te zijn. Opvallend is de vaststelling die Klinkers in Nederland gedaan heeft m.b.t. de openbaarheid van bestuur. Ook daar schernt men met de doelmatigheid om openbaarheid te weren. De argumenten die Klinkers tegen deze redenering heeft ontwikkeld gelden mutatis mutandis ook voor de verhouding algemene beginselen van behoorlijk bestuur-doelmatigheid (3). Zijn twee belangrijkste argumenten kunnen hier als volgt geformuleerd worden :

- De doelmatigheidswinst ten nadele van de naleving van de algemene beginselen is maar schijnbaar voor zover daardoor het aantal betwistingen post factum stijgt. Het is inderdaad redelijk om aan te nemen dat een handeling die met naleving van de algemene beginselen tot stand is gekomen, gemakkelijker door de belanghebbenden zal worden aanvaard dan de behandeling die als het ware uit de lucht valt; daarbij komt nog dat in het eerste geval, de rechtsonderhorige weet of en hoe hij kans maakt om die handeling te betwisten daar waar hij anders door onwetendheid een overigens onaanvechtbare handeling zal gaan bestrijden, en alleszins tot nadeel van de rechtsbedeling, zijn bezwaren op onnauwkeurige wijze zal kunnen laten gelden.

Ten tweede moet de vraag gesteld worden of in een democratische samenleving aan de rechtsbescherming, de rechtszekerheid en de billijkheid niet een groter gewicht moet gehecht worden dan aan bestuurlijke doelmatigheid, wel te verstaan in die gevallen waar voor het ene en tegen het andere gekozen zou moeten worden.

Aan die twee argumenten kan men als derde toevoegen dat dankzij een consequente toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk

(1) DE VISSCHERE, Fr. E., *art.cit.*, p. 276-277.

(2) BUCH, A propos des principes généraux, l.c., p. 424 en 432.

(3) Zie hoofdstuk II, p. 189-192.

bestuur een flink stuk preventieve rechtsbescherming verwezenlijkt kan worden. Is het juist vanuit het doelmatigheidsoogpunt bekeken, niet verlieslijker dat de rechtsonderhorige vooraf zijn stem kan laten horen en zijn standpunt kan uiteenzetten, dan wel dat hij moet wachten tot de beslissing gevallen is, om ze eerst op haar eventuele vorm- en grondgebreken te kunnen onderzoeken en eventueel aan te vechten.

351.- Verlaat men nu het terrein van de bezwaren en stapt men nu over naar dat van de tekortkomingen zoals die blijken uit de toepassingsmodaliteiten van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, dan stelt men vast :

1. Dat er heel wat onduidelijkheid heerst over de plaats van de algemene beginselen in de normenhiërarchie. In de praktijk leidt dit ertoe dat niet alle beginselen op de zelfde plaatst zijn ondergebracht.

Welbekend is de regel dat de "rechten van de verdediging" - juist diegene die het meest tot de preventieve rechtsbescherming in haar procedureaspecten bijdragen - alleen maar bestaan voor zover zij door wet of reglement erkend worden.

In de huidige stand van de rechtspraak gaat doelmatigheid vóór rechtsbescherming. Bij wijze van voorbeeld weze de volgende passus uit een arrest van 27 november 1971 geciteerd : "dat het immers om een politiemaatregel gaat die behoudens bewijs van het tegendeel, een urgent karakter heeft en derhalve met een voorafgaand tegensprekelijk onderzoek meestal niet verenigbaar is" (1).

Het valt te bezien in hoeverre het arrest Balliu van 17 april 1974 daarin verandering zal brengen; ondanks zijn algemene formulering betrof dit arrest niet een "recht van de verdediging"; in casu ging het om het zorgvuldigheidsbeginsel (2).

2. De vaagheid die de beginselen van behoorlijk bestuur omgeeft brengt mee dat het bestuur zelf niet precies weet hoe en wanneer zij die beginselen moet toepassen.

(1) Raad van State, 27 november 1972, n° 15581.

(2) Raad van State, 17 april 1974, n° 16364; *R.W.*, 1974-1975, 308-311.

Des te meer moet betreurd worden dat het bestuur geen gehoor heeft gegeven aan de duidelijke vingerwijzing van de Raad van State "dat een overheid die enkel bevoegd is om bij individuele beschikking te beslissen, niettemin toch bij wijze van voor haar zelf geldende richtlijnen in het algemeen nader kan bepalen hoe zij bij vaststelling van haar beschikkingen een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, dat ze bij het voorbereiden van haar beschikkingen moet in acht nemen, in de praktijk zal toepassen" (1)

Juist op dit gebied kan de administratie op vruchtbare wijze aan pseudowetgeving doen. Op die manier kan zij zelf bepalen hoe zij haar werking en preventieve rechtsbescherming het beste kan laten samengaan. Hopelijk zal in de toekomst van deze mogelijkheid een ruim gebruik gemaakt worden.

C. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de preventieve rechtsbescherming

352.- Auteurs als Suetens (2), Simons (3) en Isaac (4) hebben gewezen op het uitzonderlijke belang van de algemene beginselen voor een doeltreffende preventieve rechtsbescherming.

Op voorgaande pagina's werd getracht aan te tonen hoe de algemene beginselen de discretionnaire bevoegdheid van het bestuur kunnen inperken ten voordele van de rechtsonderhorige; hoe zij toelaten dat de belangen en rechten van de bestuurden op preventieve wijze beschermd worden.

In een van zijn artikelen stelt Buch de vraag : "La codification de la procedure administrative, dont nous avons déjà signalé qu'elle est à l'ordre du jour, peut-elle se réaliser si on ne l'assied pas sur ces piliers solides des principes généraux, comme c'est le cas pour les autres codes ?" (5).

Met hem, kan men deze vraag zonder twijfel bevestigend beantwoorden.

(1) Raad van State, 18 maart 1971, n° 14616.

(2) SUETENS, L.P., Burger en Bestuur, p. 178.

(3) SIMONS, D., *art.cit.*, p. 253.

(4) ISAAC, G., *op.cit.*, p. 368 en volgende.

(5) BUCH, A propos des principes généraux ..., p. 431-432.

ALGEMEEN BESLUIT

§ 1. FORMELE EN MATERIELE PREVENTIEVE RECHTSBESCHERMING

353.- Aan het einde van hun mededeling aan het colloquium van de Raden van State van België en Italië van 1964, schrijven Buch en Dumont :

"Ainsi le Conseil d'Etat de Belgique, en dégageant les normes et les principes d'une procédure non contentieuse adaptée au besoins de l'administration et aux garanties dont doivent jouir les citoyens, s'efforce de contribuer à ce que les autorités administratives se montrent respectueuses de la légalité" (1)

Enige tijd later schrijft Flamme :

"(L')heure paraît venue d'ébaucher quelques-uns des principaux principes dont la combinaison pourrait constituer l'épine dorsale d'un 'avant-projet' de code de procédure administrative"(2) .

Nog een citaat van Buch :

"Il en résulte que dans la matière de l'élaboration des actes administratifs l'application des principes généraux ne se produise pas suivant le mécanisme ordinaire de notre droit ; c'est à dire par le truchement de la loi ou du règlement, mais bien par l'intervention du juge" (3).

De kern van deze overwegingen kan men als volgt samenvatten : de algemene beginselen, of zo men wil, de beginselen van behoorlijk bestuur, zoals ze door de rechter, en met name de administratieve rechter, worden toegepast, vormen de grondslag van codex van administratieve procedure.

De analyse van een aantal algemene beginselen in het vorige hoofdstuk heeft aangetoond dat de vorenstaande overwegingen inderdaad de daarin vervatte stelling rechtvaardigen, althans tot op zekere hoogte.

(1) BUCH H. en DUMONT M., La procédure d'élaboration des actes des autorités administratives, *RJDA*, 1964, p. 254.

(2) FLAMME M.A., Vers la codification de la procédure administrative, *Rev. adm.*, 1970, p. 221.

(3) BUCH H., A propos des principes généraux dans l'élaboration jurisprudentielle des actes administratifs, in : *Miscellanea Ganshof van der Meersch*, p. 417-434.

Het komt er nu op aan om een aantal begrippen nader te definiëren en aan de hand van enige vragen, de relatie die tussen de verschijnselen die die begrippen verwoorden, te verduidelijken.

- 354.- Een klassiek onderscheid, wanneer men spreekt over administratieve procedure, leidt tot de indeling : administratieve procedure in betwiste zaken - administratieve procedure in niet betwiste zaken.

Het onderscheid tussen beide begrippen is niet gemakkelijk te maken ; er is een overgangsgebied dat het maken van iedere definitie ernstig bemoeilijkt.

Bij wijze van ruwe aflijning kan men zeggen dat iedere handeling die uitgaat van een rechtsprekend of quasi rechtsprekend bestuurlijk orgaan valt onder het begrip "betwiste zaken" ; iedere handeling die uitgaat van het "aktief bestuur", en zeker de handeling gesteld bij de uitoefening van een politiebevoegdheid, is in principe een "niet-betwiste zaak".

Zoals men ziet wordt de definitie bemoeilijkt door het opduiken van onduidelijke en vage begrippen, zoals "rechtsprekende" en "quasi-rechtsprekende handeling", "aktief bestuur".

Terecht merkt Isaac op :

"L'étude du développement de l'idée de Procédure Administrative Non Contentieuse en Droit français et de son épanouissement dans maints Droits étrangers nous à montré qu'il y a là une matière dans laquelle les notions, pas plus que les termes, ne sont définitivement et impérativement fixés.

Le terme de Procédure Administrative Non Contentieuse est apparu, historiquement, comme le résultat de la prise de conscience que la notion de procédure ne pouvait plus longtemps être accaparée par le seule jurisdiction" (1).

Het is in dat licht dat zijn definitie van de non-contentieuse administratieve procedure gelezen moet worden, als "cette branche du droit qui régit l'opération d'édiction de l'acte administratif" (2).

(1) ISAAC G., *La procédure administrative non contentieuse*, Paris, L.G.D.J. 1968, p. 150 ; cursivering aangebracht.

(2) ISAAC G., *op. cit.*, p. 51.

Klinkers omschrijft het "contentieuze administrative proces" als "een relatie waar een geschil aan de orde is", en "het non-contentieuze administratieve proces" als "een relatie waarin geen geschil wordt uitgesproken, maar waarin de burger anderszins met de administratie in contact is" (1).

Opvallend is dat Isaac spreekt van "procédure administrative non contentieuse" en Klinkers van het "non-contentieuze administratieve proces". Procedure roept onmiddellijk het idee op van regels, voorschriften, structuren ; proces daarentegen duidt meer op het feitelijk gebeuren, waar regels en structuren wel in kunnen voorkomen, maar toch niet het belangrijkste element zijn.

355.- Overigens geven beide definities weinig steun om te bepalen welke bestuurshandelingen naar Belgisch recht als "betwiste zaken" moeten beschouwd worden.

Het hierboven vermelde en in hoofdstuk II besproken criterium, namelijk dat het die handelingen zijn die uitgaan van een rechtsprekend of quasi-rechtsprekend college, is niet afdoende.

In een tweetal arresten m.b.t. de erkenning van geneesheren-specialisten heeft de Raad van State gesteld dat de beslissing van de minister weliswaar niet van jurisdictionele aard is, maar desondanks voorkomt als een administratieve beslissing in betwiste zaken en dienvolgens gemotiveerd moet zijn (2). Misschien is deze houding te verklaren doordat de procedure die aan de beslissing van de minister voorafgaat wel de kenmerken van een rechtsprekende handeling vertoont; de commissies voor de erkenning van de specialisten moeten zich immers gedragen naar de in rechtzaken voorgeschreven regelen (3), zodat het niet aannemelijk lijkt dat de zaak bij het beëindigen van de procedure voor de commissie van beroep, van "betwist", "niet betwist" zou worden.

(1) KLINKERS L.E.M., *Openbaarheid van bestuur*, 's Gravenhage, VUGA-Boekerij, 1974, p. 66.

(2) Raad van State, 24 april 1968, n° 12914 en 12915.

(3) Raad van State, 3 mei 1968, n° 12929.

Het ontbreken van een duidelijk en afdoend onderscheid tussen betwiste en niet-betwiste zaken is des te storender, daar juist van dit onderscheid afhangt of een aantal beginselen van behoorlijk bestuur, die in feite de kern vormen van een administratieve procedure, al dan niet door het bestuur bij zijn besluitvorming in acht genomen moeten worden.

356.- Nochtans zijn er tekenen die er op wijzen dit onderscheid aan belang aan het inboeten is. In een arrest van 30 januari 1974 vindt men de volgende overweging :

"dat hoewel de burgemeester optredend in toepassing van voornoemde wetsbepalingen door geen wettelijke bepaling verplicht is om, alvorens een woning onbewoonbaar te verklaren en te doen ontruimen, de feitelijke gegevens waarop hij zijn beslissing zal steunen, ter kennis van degenen te brengen wier belangen door zodanige maatregel grotelijks en onherroepelijk kunnen worden geschaad, het echter duidelijk is dat, overeenkomstig de eisen van behoorlijk bestuur, de burgemeester zijn besluit tot onbewoonbaarverklaring zorgvuldig moet voorbereiden, te meer daar hij, zoals terzake, zijn besluit doorgaans vormt niet op de grondslag van bevindingen die hij persoonlijk ter plaatse heeft gedaan, maar wel op de grondslag van bevindingen die hem langs bestuurlijke weg worden medegedeeld ; dat het behoorlijk bestuur terzake dan ook vereist dat de betrokkenen in de gelegenheid worden gesteld hun mening te kennen te geven ten opzichte van de concrete feiten die de burgemeester voornemens is in aanmerking te nemen voor de onbewoonbaarverklaring en de ontruiming van de woning, tenzij deze kennelijk een onmiddellijke bedreiging voor de volksgezondheid of voor de openbare veiligheid is en het derhalve noodzakelijk is het besluit tot onbewoonbaarverklaring onmiddellijk in werking te doen treden" (1).

Opmerkelijk is dat dit arrest gewezen werd op strijdig advies van het auditoraat, dat juist van mening was dat op het aangevoerde middel niet kon worden ingegaan, daar geen wetsbepaling de inachtneming van de rechten van de verdediging oplegde.

In een tweede, reeds geciteerd arrest van 17 april 1974 stelt de Raad van State dat het bestuur

"zich moet gedragen in de uitoefening van haar bevoegdheid overeenkomstig de eisen van behoorlijk bestuur, zonder dat het vereist is dat zodanig gedrag bij uitdrukkelijk voorschrift is opgelegd" (2).

Ook in dit arrest was het auditoraat een andere mening toegedaan.

(1) Raad van State, 30 januari 1974, n° 16218; *RJDA*, 1974, p. 176.

(2) Raad van State, 17 april 1974, n° 16364; *R.W.*, 1974-1975, 310.

Deze evolutie verdient zonder voorbehoud goedgekeurd te worden. De rechtsbescherming kan alleen maar winnen bij de opruiming van het onderscheid tussen "betwiste" en "niet-betwiste zaken". Het is nog te vroeg om uit deze enkele, recente arresten af te leiden dat de Raad van State het roer definitief omgegooid heeft - niets wijst erop dat het auditoraat zijn verzet zal opgeven, en het zou wenselijk zijn dat de Raad zich in Algemene Vergadering over deze zaak uitspreekt. Het is duidelijk dat dit voor de positie van de rechtsonderhorigen een belangrijke verbetering betekent.

Het gevaar dat de Raad de weegschaal van burger en bestuur teveel in het voordeel van de eerste zou doen overhellen en een doeltreffend bestuur 'onmogelijk zou maken, moet niet gevreesd worden ; in de eerste plaats omdat doeltreffend bestuur en algemene beginselen niet elkaars tegengestelden zijn, maar veeleer aanvullen - al zijn conflicten niet uitgesloten ; in de tweede plaats omdat uit de redactie van de arresten zelf blijkt dat het bestuur de beginselen van behoorlijk bestuur alleen maar moet naleven voor zover dat te verenigen valt juist met de doeltreffendheid ("onmiddellijke bedreiging") van het bestuurlijk handelen; in de derde plaats, omdat de algemene beginselen niet in strakke regels zijn vastgelegd, maar doordat ze niet in een tekst vastliggen voldoende soepel zijn, om door het bestuur in acht te worden genomen op zodanige wijze dat ze de andere vereisten die aan het bestuurlijk optreden gesteld zijn (keuze van tijd en middelen, financiële mogelijkheden, doeltreffendheid) niet in de weg staan.

- 357.- Een tweede onderscheid dat van belang is bij preventieve rechtsbescherming stamt uit Nederland. In zijn proefschrift spreekt Klinkers over het "non-conscientieuze administratieve proces", dat hij definieert als de relatie tussen burger en bestuur, "waarin de overheid met diens belangen iets van plan is, zonder dat de burger dat weet" (1). Dit sluit aan bij het door Bekker gemaakte onderscheid tussen operationele en co-operationele formaliteiten : de eerste zijn gericht op de ontwikkeling van de bestuurshandeling binnen de administratie zelf ; de tweede zijn gericht op het contact tussen overheid en bestuur (2).

(1) KLINKERS L.E.M., *op. cit.*, p. 71.

(2) BEKKER R., Preventieve rechtsbescherming, *Ars Aequi*, XX, I, 1971, p. 1-10.

Het hoeft geen betoog dat een bestuurshandeling die volledig zonder enige co-operationele formaliteit tot stand komt, weinig gelegenheid biedt tot preventieve rechtsbescherming. Weliswaar kan er sprake zijn van een informele, toevallige kennis - ontbreekt ook die informele wetenschap, dan is het proces volledig non-conscientieus en is preventieve rechtsbescherming helemaal onmogelijk - maar een minimum aan co-operationele formaliteiten lijkt toch wenselijk.

Nu is het gelukkig wel zo dat het aantal bestuurshandelingen met individuele draagwijdte - beschikkingen zou men in Nederland zeggen - dat volledig buiten weten van de betrokken burgers tot stand komt, uiterst beperkt lijkt (1), maar het aantal bestuurshandelingen van reglementaire aard dat buiten iedere publiciteit en medewerking van buiten de administratie tot stand komt is ruim groter.

De remedie dat eventuele onwettelijkheid van dit soort handelingen ook buiten de termijn van zestig dagen, steeds, bij latere betwistingen van op die reglementen steunende handelingen aan de kaak gesteld kan worden via de exceptie van illegaliteit van artikel 107 van de Grondwet - uiteraard geldt dit ook voor de burgerlijke rechtbanken - is onvoldoende deels omdat de onwettelijke handeling zelf blijft bestaan, deels omdat dit geen uitkomst geeft voor de eenzijdige en besloten wijze van totstandkoming van die reglementaire handelingen ; in de huidige stand van wetgeving en rechtspraak is die eenzijdigheid en beslotenheid immers niet illegaal.

Men kan zich afvragen of het niet wenselijk zou zijn voor reglementaire handelingen een vorm van "hearing" procedure te voorzien, die een minimum aan voorafgaande publiciteit en inspraak zou waarborgen. Men kan daarbij een voorbeeld nemen aan hetgeen gebeurt in de ruimtelijke ordening en stedebouw bij het opmaken en vastleggen van de plannen van aan-

(1) Toch zijn er wel enige voorbeelden te noemen :
 uitdrijving van vreemdelingen, ambtshalve inschrijving en uitschrijving in en uit de registers van de burgerlijke stand, soms andere ambtshalve genomen maatregelen, zoals ambtshalve gevestigde belastingsaanslagen en politiemaatregelen. Dit betekent vanzelfsprekend niet dat deze bestuurshandelingen steeds volledig buiten weten van de betrokkenen tot stand komen, maar het komt voor.

leg. Ook de Amerikaanse "Administrative Procedure Act" kan inspirerend werken (1).

358.- Tenslotte is er, in verband met preventieve rechtsbescherming, nog een onderscheid dat gemaakt kan worden. Dat onderscheid vloeit rechtstreeks voort uit de volgende vraag : aangenomen dat openbaarheid en algemene beginselen van behoorlijk bestuur middelen zijn tot preventieve rechtsbescherming, hoe wordt die bescherming dan verwezenlijkt wanneer het bestuur handelt in strijd met de openbaarheid en met die algemene beginselen ? Hoe wordt overtreding daarvan gesanctioneerd ? Geven openbaarheid en algemene beginselen niet alleen maar een illusie van preventieve rechtsbescherming, in zover de sanctie die op de miskennis ervan staat, zelf niet onmiddellijk volgt ? Vooraleer een antwoord op die vragen te formuleren, hoort men de strekking ervan te verduidelijken, en tot die verduidelijking kan het volgend onderscheid bijdragen.

Openbaarheid en algemene beginselen beschermen op preventieve wijze de rechten en belangen van de rechtsonderhorigen ; zij formuleren materiële regels, die bij naleving door het bestuur inderdaad in preventieve rechtsbescherming resulteren. Los daarvan daat de vraag naar de sanctie op de miskennis van die regels.

Onder materiële preventieve rechtsbescherming wordt dan verstaan het geheel van rechtsregels die het bestuur t.a.v. de rechten en belangen van de betrokken rechtsonderhorigen moet in acht nemen bij zijn besluitvorming.

Formele preventieve rechtsbescherming is dan het geheel van de middelen die de betrokken rechtsonderhorigen ter beschikking staan om tegen voorgenomen, althans nog niet ten uitvoer gelegde bestuurshandeling op te komen, en een uitspraak te bekomen vooraleer de handeling tot stand komt of tenminste, ten uitvoer gelegd wordt.

(1) 5 USC § 553 (b) : "General notice of proposed rule making shall be published in the Federal Register ..."

(d) The required publication or service of a substantive rule shall be made not less than 30 days before its effective date ...

(e) Each agency shall give an interested person the right to petition for the insurance, amendment or repeal of a rule."

359.- Nu kan men formele preventieve rechtsbescherming zien als een noodzakelijk complement voor de materiële preventieve rechtsbescherming. Een dergelijke visie neemt als vanzelfsprekend aan dat rechtsbescherming alleen maar door sanctionnering, van buitenaf en achteraf kan gebeuren. Langrod vat die houding als volgt samen :

"Toute la science française se laisse impressionner par l'unique point de vue du contrôle juridictionnel de l'administration comme étant la dominante principale du droit administratif tout entier" (1)

en Isaac voegt daaraan toe :

"En ce qu'il se présente comme l'instrument perfectionné de la protection des administrés en Droit administratif français, le contentieux dressa sur la voie d'accès à la Procédure administrative Non Contentieuse un obstacle difficilement surmontable, en cristallisant puis en pérennisant le monopole procédural de la juridiction, au détriment de la procédure de l'administration active" (2)

Voor wie in deze optiek formele preventieve rechtsbescherming een *conditio sine qua non* is van preventieve rechtsbescherming tout court is, lijdt het geen twijfel dat het met die preventieve rechtsbescherming in België maar pover gesteld is. In de volgende paragraaf wordt in het kort ingegaan op sommige van de bestaande en mogelijke middelen tot formele preventieve rechtsbescherming.

360.- Nu reeds moet echter van voorgaande stelling afstand genomen worden.

1. Welke ook de structurele en andere gebreken van de curatieve rechtsbescherming mogen zijn, moet haar tenminste dit krediet worden gegeven dat er ook een preventieve werking van uitgaat. Wanneer de rechtsprekende instantie in een bepaald geval vaststelt dat het bestuur bij de besluitvorming gehandeld heeft in strijd met een of meer algemene beginselen van behoorlijk bestuur, dan komt dat ingrijpen, die sanctie, wel a posteriori voor dat ene geval, maar men mag toch verwachten dat het bestuur zich in de toekomst zal gedragen naar de uitspraak van de rechtsprekende instantie. Buch heeft er op gewezen dat de uitbouw van de algemene beginselen bij de bestuurlijke besluitvorming niet het werk

(1) LANGROD, *Procédure administrative et Droit administratif*, *Revue Internationale des Sciences administratives*, 1956, p. 29.

(2) ISAAC G., *op. cit.*, p. 16.

geweest is van wet of reglement, maar wel van de rechter (1). De preventieve werking die van de rechtspraak uitgaat zal in het overgrote deel van de zaken met zich meebrengen dat het bestuur spontaan de regels van de materiële preventieve rechtsbescherming zal in acht nemen, zodat een beroep op een formele materiële rechtsbescherming of een curatief rechtsprekende instantie overbodig zal blijken.

2. Men kan trouwens, meer fundamenteel, ernstig in vraag stellen, of er, tussen materiële preventieve rechtsbescherming en curatieve rechtsbescherming wel veel ruimte overblijft voor een formele preventieve rechtsbescherming. Deze laatste veronderstelt immers het bestaan van een orgaan of instantie los van het bestuursorgaan tegen wiens wijze van besluitvorming men bezwaar maakt ; men kan immers moeilijk aannemen dat de formele rechtsbescherming toevertrouwd zou worden aan het bestuursorgaan zelf dat naar beweren zou handelen in strijd met de regels van de materiële preventieve rechtsbescherming. Het orgaan dat dan belast zou worden met de formele preventieve rechtsbescherming zou onvermijdelijk behept zijn met ten minste een deel van de structurele en accidentele gebreken die men aantreft bij de curatieve beschermingsprocedures, en tenminste met de rechtsprekende bescherming zal gemeen hebben, naar het woord van professor Flamme, dat zij is "toujours tardive, souvent insuffisante et inefficace" (2).

361.- Het doet voor de Belgische jurist, die vertrouwd is gemaakt met het idee dat de bescherming van de rechtsonderhorigen gezocht moet worden bij de rechterlijke macht, wel onwennig aan dat hij die klassieke schemas moet verlaten wanneer men spreekt over preventieve rechtsbescherming. Voorzeker, het kan vreemd lijken dat men voor de verwezenlijking van de preventieve rechtsbescherming moet aankloppen bij het bestuur zelf. Nochtans, de tekortkomingen die de curatieve bescherming vertoont in de verwezenlijking zelf van de curatieve bescherming, komen nog sterker tot uiting wanneer het gaat om preventieve rechtsbescherming, en moeten

(1) BUCH H., A propos des principes généraux dans l'élaboration jurisprudentielle des actes administratifs, in : *Miscellanea Ganshof van der Meersch*, p. 417-434, t.a.p. 424.

(2) FLAMME M.A., Vers la codification de la procédure administrative, *Rev. adm.*, 1970, p. 221.

tot de conclusie leiden dat resoluut afgestapt moet worden van de voorstelling dat volwaardige rechtsbescherming alleen buitenaf kan gevonden worden. Het is het bestuur zelf, dat wil zeggen de ambtenaren, die de preventieve rechtsbescherming zullen moeten waar maken.

Dit wil niet zeggen dat er aan formele preventieve rechtsbescherming en curatieve rechtsbescherming geen aandacht besteed moet worden. Van de preventieve werking van de controle a posteriori werd reeds melding gemaakt en ook vanuit het standpunt van een materiële preventieve rechtsbescherming zouden een aantal verbeteringen in de curatieve rechtsbescherming wenselijk zijn. Alleszins maakt de materiële preventieve rechtsbescherming de curatieve rechtsbescherming geenszins overbodig ; en voor noodgevallen waar materiële preventieve rechtsbeschermingsregels miskend wordt zou gedacht moeten worden aan bepaalde technieken van aangepaste curatieve rechtsbescherming, of zo mogelijk van formele preventieve rechtsbescherming.

§ 2. ELEMENTEN VAN FORMELE PREVENTIEVE RECHTSBESCHERMING

A. *Het kort geding*

362.- De procedure in kort geding wordt thans geregeld door artikel 584 van het Gerechtelijk Wetboek, waarvan de in dit kader relevante bepalingen luiden :

"De voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg doet, in de gevallen die hij spoedeisend acht, bij voorraad uitspraak in alle zaken, behalve die welke de wet aan de rechterlijke macht onttrekt.

.....

De voorzitter kan onder meer :

.....

3° alle nodige maatregelen bevelen tot vrijwaring van hen die de nodige voorzieningen niet kunnen treffen ..."

Een eerste kenmerk van deze rechtsmacht is dat alle termijnen verkort worden of kunnen worden (1).

(1) FETTWEIS, *Handboek voor Gerechtelijk Recht*, Antwerpen S.W.V., 1971, deel II, p. 247.

Een tweede hier belangrijk kenmerk is dat luidens artikel 1039 van het Gerechtelijk Wetboek, "de beschikkingen in kort geding brengen geen na-deel toe aan de zaak zelf".

Dit wordt zo uitgelegd dat de rechter in kort geding wel maatregelen mag bevelen die aan een van de partijen een nadeel, zelfs een onherstelbaar nadeel toebrengen, maar dat hij zich niet over de grond van de zaak mag uitspreken (1).

In de praktijk is dit onderscheid niet altijd gemakkelijk te maken, zodat de rechter vlug geneigd zal zijn zich onbevoegd te verklaren. Fettweis haalt met instemming een uitspraak aan van het Hof van Beroep van Luik van 19 juni 1945 (2), waarbij de rechterlijke macht zich niet bevoegd achtte om een bevel tot opvordering door een gemeente te verbieden, omdat de opvordering gebeurd was op grond van een kennelijke titel, dat het niet om een feitelijkheid ging, en dat het onderzoek over het verzoek een oordeel ten principale impliceerde (3). Dat wil zeggen dat de rechtsgrond waar de tegenpartij op steunt kennelijk onwettelijk moet zijn ; dit blijkt uit de volgende overweging van het door Fettweis geciteerde arrest :

"Attendu que ce que les appelants critiquent ce n'est pas un agissement quelconque de la commune, commis à l'occasion de la réquisition et qui apparaîtrait manifestement, et dès l'abord, comme sortant des limites légales, mais bien l'exercice même du droit de réquisition."

Daarbij komt, wanneer het kort geding tegen de overheid werd ingespannen, de rechtbanken gedurende lange tijd artikel 107 van de Grondwet op beperkende wijze geïnterpreteerd hebben. Terecht merkt Delva op :

"De overheersende neiging tot onbevoegdheidsverklaring vond steeds weer dekking achter het verlamdende dogma van de scheiding der machten, zelfs in geval van loutere feitelijkheid en van administratieve machtsoverschrijding" (4).

(1) FETTWEIS, *op. cit.*, p. 257-258 ;
VAN LENNEP R., *Handboek van het burgerlijk procesrecht*, Leuven, 1959, p. 131-132.
Les Nouvelles, Procedure Civile, t.I., n° 579.

(2) Hof van Beroep Luik, Kort geding, 19 juni 1945, *J.T.*, 1945, 503.

(3) FETTWEIS, *op.cit.*, p. 262-263.

(4) DELVA J., Het rechtstreeks bestrijden van overheidsdaden voor de burgerlijke rechtscollèges, *TPR*, 1967, p. 385.

363.- De rechtspraak is inmiddels wel zo geëvolueerd

"dat ze de burgerlijke rechter ertoe aanzet om met meer krachtdadigheid dan in het verleden ter persoonlijke beveiliging van de burgers, ter handhaving van de door de grondwet toegekende vrijheden en ter bescherming van de vermogensrechten de materiële uitvoering van onwettelijke overheidsbeslissingen te verhinderen of te doen ophouden" (1),

maar in een kort geding tegen de overheid blijft de rechter gebonden aan twee beperkingen : hij mag zich niet in de plaats van het bestuur stellen, en zijn maatregel kan blijken aan het bestuur een verplichting te hebben opgelegd die verder reikt dan de verplichting die de rechter ten gronde aanwezig acht. Deze laatste beperking acht Delva van gering belang sinds de arresten van het Hof van Cassatie van 7 maart 1963 en 26 april 1963 (2) :

"De rechter die kennis neemt van een vordering tot schadeloosstelling, gefundeerd op een foutieve overheidsbeslissing, moet in de gelegenheid zijn de vermeende fout, in haar feitelijke toedracht te toetsen. Hij moet dan ook gemachtigd zijn de uitvoering van de gewraakte beslissing te schorsen, totdat hij over de gegevens beschikt om ten gronde uitspraak te doen" (3).

Vervolgens stoelt Delva de bevoegdheid van de rechter in kort geding, inzake actieve censuur, d.w.z. het treffen van gebiedende en verbiedende maatregelen, op de volgende vereisten :

1. Het bestaan van een feitelijkheid, dat hij omschrijft

"als een materiële handeling welke krachtens, en ter uitvoering van een onwettige overheidsbeslissing wordt gepleegd en waardoor een individueel recht - d.i. een wettelijk beschermd particulier belang aan actuele of nakende schade is blootgesteld" (4)

(1) DELVA, *art. cit.*, p. 425-426.

(2) Hof van Cassatie, 7 maart 1963, *R.W.*, 1963-1964, 115 ; *RCJB*, 1963, p. 93 e.v. met noot J. Dabin.
Hof van Cassatie 26 april, 1963, *R.W.*, 1963-1964, 287 ; *Pas.*, 1963, I, 905 ; *RCJB*, 1963, p. 116 e.v. met noot J. Dabin.

(3) DELVA, *art. cit.*, p. 427.

Delva zegt echter niet dat diezelfde redenering ook de eerste beperking ernstig aantast, hoewel die consequentie onontkoombaar is. Mag de rechter het overheidsgedrag onbeperkt toetsen aan de zorgvuldigheidsnorm van artikel 1382 BW, en voegt men daar een brede uitleg aan het toetsingsrecht ex artikel 107 Grondwet (interne en externe legaliteit, machtsafwending, enz.), dan ontkomt de rechter er niet aan de bestuurshandeling in al haar facetten te onderzoeken; de grens tussen een zo ingrijpend toezichtsrecht en volledige inderplaatsstelling is, om het zacht uit te drukken, zeer moeilijk af te bakenen.

(4) DELVA, *art. cit.*, p. 433.

2. Het bestaan van hoogdringendheid.

3. Het verbod andere dan voorlopige maatregelen te bevelen (1).

Concluderend schrijft Delva dat er in de Belgische rechtspraak een "toenemende strekking merkbaar is" om in het kort geding de onwettige overheidsdaad rechtstreeks, d.w.z. door het geven van bevel of verbod te bestrijden. Als feitelijkheid geldt "elke handeling die, in strijd met de wet, een subjectief recht aantast of in gevaar brengt" (2).

364.- Voor de Raad van State kent men het kort geding niet. Misschien werd dat niet nodig geacht : in artikel 30 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State wordt i.v.m. de rechtspleging o.m. gezegd : "ten aanzien van de meestal spoedeisende aard der arresten, zal zij zich gedragen naar de bepalingen toepasselijk op de vonnissen welke door de rechtbanken van eerste aanleg in zaken van korte behandeling worden gewezen."

Welke ook de oorzaak ervan zij, de werkelijkheid strookt geenszins met deze wens van de wetgever. Voor het jaar 1971 verliep er tussen de datum van indiening van het verzoekschrift en de datum van uitspraak, tenminste voor die arresten waarvan beide data bekend waren, gemiddeld 614,321 dagen. Houdt men er rekening mee dat dit gemiddelde al de arresten bevat die slechts afstand van geding inwilligen en dus, gewoonlijk, snel gewezen worden, dan kan men rustig stellen dat tussen indiening en uitspraak minstens twee jaar verlopen. En niets wijst erop dat de toestand sindsdien erop verbeterd is.

Men kan zich dus de vraag stellen of het niet wenselijk is een echte procedure in kort geding bij de Raad van State in te voeren.

365.- Werpt men de blikken over de noordergrens, dan ziet men dat daar het kort geding tegen de overheid een vlucht genomen heeft en tot resultaten geleid heeft van die aard dat men met recht zou wensen dat dit voorbeeld in België navolging zou vinden.

(1) DELVA, *art. cit.*, p. 433-434.

(2) DELVA, *art. cit.*, p. 488.

In de tweede aangevulde uitgave van zijn proefschrift in 1972 schrijft Zonderland :

"Inderdaad is, - zoals men in het arrest Guldemon- Noordwijkerhout kan lezen - het référé het middel geworden, dat de burger ten dienste staat om tegenover de overheid op te komen tegen aantasting van burgerlijke rechten in spoedgevallen" (1),

en hij illustreert deze stelling met een weelde van uitspraken in kort geding (2).

Meer nog, in het tijdperk van twintig jaar dat verlopen is sedert de eerste druk van zijn proefschrift is het in Nederland een uitgemaakte zaak geworden dat de rechter aan de overheid ook bevelen mag geven. Terecht argumenteert Zonderland dat niet valt in te zien op welk wezenlijk punt het verbod aan de overheid om iets te doen zich onderscheidt van het bevel om wel iets te doen, aangenomen, in dit laatste geval, dat het bestuurlijk niet-handelen onrechtmatig is (3). Een licht voorbehoud is hier wel op zijn plaats : bij een verbod een bestuurshandeling ten uitvoer te leggen, staat de rechter voor een concrete, reeds genomen beslissing ; bij een onrechtmatig stilzitten van de overheid, is rechterlijke remedie door een bevel alleen dan tenvolle aanvaardbaar wanneer de plicht tot handelen uit een gebonden bevoegdheid voortvloeit, wanneer de overheid weinig of niet te appreciëren heeft hoe zij moet handelen. Is daarentegen het niet-handelen wel onrechtmatig, maar beschikt het bestuur over een min of meer ruim appreciatierecht over de modaliteiten van het rechtens vereiste handelen, dan komt het de rechter niet toe die modaliteiten zelf op te leggen. In zijn bevel tot handelen zal hij de beleidsvrijheid van het bestuur moeten respecteren.

366.- De stormachtige ontwikkeling die het kort geding tegen de overheid in Nederland gekend heeft, is overigens niet zonder bezwaren. Stellinga, in een artikel in het Nederlands Juristenblad (4) en in een noot onder een vonnis van de arrondissementsrechtbank van Rotterdam (5) wijst erop dat

(1) ZONDERLAND, *Het kort geding, in het bijzonder tegen de overheid*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1972, p. 122-123. De eerste druk verscheen in 1954.

(2) ZONDERLAND P., *op. cit.*, p. 123 e.v.

(3) ZONDERLAND P., *op. cit.*, p. 202.

(4) NJB, 1973, 1377 e.v.

(5) *NJ/Administratiefrechtelijke beslissingen*, 1974, 266)267.

het kort geding meer en meer de plaats inneemt van de gewone vordering ten principale ; niet zelden laten partijen het bij de uitspraak in kort geding, en dit is niet altijd bevorderlijk voor een goede rechtsbedeling. Ook kan men zich afvragen of de aard van het kort geding geen geweld wordt aangedaan wanneer, zoals vaker gebeurt, de betwisting in kort geding tot voor de Hoge Raad wordt uitgestreden.

Toch blijft de balans duidelijk positief. Een soepel functionerende procedure in kort geding is een nuttige aanvulling van een systeem van preventieve rechtsbescherming. Tot de eigenlijke preventieve rechtsbescherming is het echter niet te rekenen, daar op het kort geding een beroep wordt gedaan wanneer de administratieve besluitvorming reeds ten einde is. Wel verhindert men de voltooiing van die besluitvorming, door schorsing van de tenuitvoerlegging te verkrijgen, of nog, dat de overheid door een bevel verplicht wordt die besluitvorming over te doen met inachtneming van de voorschriften van het rechterlijk bevel.

B. Schorsing van tenuitvoerlegging

367.- De schorsing van tenuitvoerlegging is eigenlijk de mildste vorm van rechterlijke inmenging in het bestuurlijk domein.

Inderdaad is het niet meer dan een voorlopig verbod om iets te doen, en daarom mag het verbazing wekken dat waar uit de rechtspraak een aantal gevallen bekend zijn waar de rechter aan de overheid een definitief verbod geeft om te handelen, van het bevel tot schorsing van tenuitvoerlegging zo een spaarzaam gebruik gemaakt wordt (1).

(1) Hof van Beroep van Gent, 7 mei 1951, *Revue communale*, 1951, p. 232. "Attendu que à raison du fait que les parties ne sont pas d'accord sur la validité de la dénonciation de la concession, la contestation paraît sérieuse et que la commune entend s'immiscer immédiatement dans l'exploitation de la distribution d'électricité, le juge des référés ordonne, à bon droit, des mesures urgentes et provisoires afin que les droits des parties restent saufs en attendant une décision finale." Rechtbank Kortrijk kort geding, 19 juni 1958. Pas. 1960, III, 23 I.v.m. dit vonnis meent F. De Visschere (De controle van de burgerlijke rechten op de handelingen van het bestuur, Jaarboek Vlaams Rechtsgenootschap Leuven 1960, p. 63-91), dat rechterlijke censuur van overheids-handelingen alleen maar op zijn plaats is bij grove onwettigheid (p.86). Rechtbank Antwerpen, kort geding, 30 maart 1962, *J.T.*, 1962, 319 : "Par ces motifs ... ordonnons la défenderesse de cesser tous travaux de voirie ou autres sur les terrains précités et jusqu'à ce que le juge de paix ait statué au fond sur l'action introduite par citation du 12 mars 1962".

Rechtbank Antwerpen, kort geding, 1 februari 1963, *Revue communale* 1963, p.1.

Misschien is dit te verklaren doordat de gevallen waar een definitief verbod is opgelegd, zelfs voor de rechter in kort geding, zo duidelijk onwettelijk zijn dat een definitief verbod op zijn plaats is. In gevallen waar de onwettelijkheid van de bestuurshandeling niet zo flagrant is, zal de rechter vlugger geneigd zijn zich onbevoegd te verklaren, onder voorwendsel zich niet over de grond van de zaak uit te spreken. Maar juist in die gevallen zou de schorsing van tenuitvoerlegging wenselijk zijn om definitieve schade voor de bedreigde rechten te voorkomen. Typerend is dat in een aantal uitspraken zonder meer gezegd wordt dat het de rechter niet toekomt de uitvoering van overheidsmaatregelen te schorsen (1).

Anders dan in Frankrijk, waar de Conseil d'Etat van begin af aan de bevoegdheid bezat, en er gebruik van maakte ook, om de tenuitvoerlegging van bestuurshandelingen te schorsen (2), mist de Raad van State nu ten enenmale die bevoegdheid (3). Dit moet betreurd worden. Weliswaar is het niet wenselijk dat het indienen van ieder verzoekschrift automatisch tot gevolg zou hebben de uitvoerbaarheid van de bestreden handeling te schorsen. Dit zou inderdaad het bestuur kunnen verlammen, en een niet gering aantal verzoekschriften zou tot doel hebben, niet de onwettigheid van een bestuurshandeling te doen vaststellen, maar wel om de tenuitvoerlegging ervan te verhinderen. Anderzijds zijn er een aantal gevallen aan te wijzen waar de afwezigheid van schorsende werking, en de onbevoegdheid van de Raad van State om zulks te bevelen, in feite iedere doeltreffende bestrijding van de bestuurlijke maatregel beletten : uitwijzing van vreemdelingen, bevel tot afbraak van onbewoon-

-
- (1) Rechtbank Antwerpen, kort geding, 22 november 1958, *J.T.*, 1958.
 Rechtbank Brussel, kort geding, 4 augustus 1964, *Annales du Notariat*, 1965, 197.
- (2) Maurice TOURDIAS, *La sursis à exécution des décisions administratives*, Paris, L.G.D.J., 1957, vooral p. 64 en volgende.
- (3) Mast is het hiermee eens ; schorsing zou betekenen dat de geldigheid van de bestreden handeling gedurende onbepaalde tijd betwist zou zijn, en dit is onaanvaardbaar (*Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Gent, Story Scientia, 5e uitgave, 1973, p. 480.) Evenzo schorst de aanvechting van de belastingaanslag niet de uitvoerbaarheid ervan : de belastingplichtige moet betalen, hoe gegrond zijn bezwaar overigens ook moge zijn (artikels 300 en 301 van het Wetboek van Inkomstenbelastingen).

baar verklaarde woningen, het toestaan van een vergunning voor een ongezond, hinderlijk of gevaarlijk bedrijf, verbod van betogingen, enz.

Terecht merkt Mestre op :

"Or l'acte administratif peut épuiser en lui-même tous ses effets dès le commencement de son application. Il en est ainsi des mesures non permanentes. Pour reprendre la célèbre hypothèse de l'affaire Benjamin, l'interdiction de la réunion produit toutes ses conséquences du jour où la réunion devait avoir lieu. Le recours contre cette interdiction, du fait de son caractère non suspensif, a un effet platonique qui n'effraie que peu l'Administration et ne préserve point l'administré des inconvénients de l'illégalité."(1)

Men kan eraan toevoegen dat dit niet alleen geldt voor niet-permanente ogenblikkelijke maatregelen, maar ook voor maatregelen met een onbeperkte duur : immers, de bezwaarmakende rechtsonderhorige zal de tenuitvoerlegging ervan hebben moeten gedogen tot aan de eventuele vernietiging of onverbindendverklaring ervan.

Er zijn dus voldoende redenen om althans de mogelijkheid tot het schorsen van de tenuitvoerlegging van bestuurshandelingen in te voeren. Het feit dat ook de gewone rechter, zetelend in kort geding, die bevoegdheid reeds heeft, moet geen bezwaar zijn om aan de administratieve rechter dezelfde bevoegdheid toe te kennen, al is het maar omdat de gewone rechter zich alleen maar bevoegd acht waar een subjectief recht in het geding is, niet wanneer alleen de krenking van een belang aangevoerd wordt.

Dit vereist dat men de organieke wet op de Raad van State wijzigt, maar dit hoeft geen hinderpaal te zijn, vermits men deze wet tot nu toe regelmatig gewijzigd heeft.

Wel valt te hopen dat er alsdan een ruimer, zij het weloverwogen gebruik van gemaakt zal worden dan in Frankrijk het geval blijkt te zijn (2).

Hetzelfde artikel 301 van het Wetboek van Inkomstenbelasting, dat stelt dat het indienen van een bezwaar de invordering van de belastingschuld niet kan beletten, geeft aan de directeur, die in een eerste aanleg over bezwaren uitspraak doet, de bevoegdheid om die invordering te schorsen.

(1) Achille MESTRE, *Le conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'Administration*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 26.

(2) MESTRE, *op. cit.*, p. 28 e.v.

Een dergelijke bevoegdheid zou ook aan de Raad van State moeten worden toegekend : de Raad zou de tenuitvoerlegging van iedere bestuurshandelingen moeten kunnen schorsen, wanneer er ernstige redenen zijn om aan te nemen dat de bestuurshandeling in een of meer van zijn elementen door een onwettigheid is aangetast en wanneer tenuitvoerlegging onherstelbare schade voor de betrokken belangen en of rechten zou meebrengen, hetgeen impliceert dat de zaak spoedeisend is. Men zou aan de schorsing de voorwaarde kunnen verbinden dat een verzoekschrift over de grond van de zaak moet worden ingediend (1).

C. *Het rechterlijk bevel*

368.- Traditioneel is de stelling dat het aan de rechterlijke macht niet toekomt bevelen aan het bestuur te geven. Dit wordt met zoveel woorden gezegd in een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg van Aarlen van 3 oktober 1967 (2), maar ook blijkt dit uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie (3).

-
- (1) Men herinnere zich dat de bevoegdheid van de burgerlijke rechter in kort geding bestaat, ook al is er geen vordering over de grond van de zaak, of wordt dat niet in het vooruitzicht gesteld.
 - (2) Rechtbank van eerste aanleg van Aarlen, 3 oktober 1967, *Jur. Liège*, 1968-1969, 45.
 - (3) bv. in zake de reglementering van gevaarlijke, ongezonde en hinderlijke bedrijven, het arrest van 27 november 1974. De relevante tekst van de samenvatting in *Info Jura*, 1975, p. 3 luidt : "Lorsque le juge constate, comme en l'espèce, l'existence d'un dommage anormal inhérent à semblable exploitation, il a, en vertu des règles du droit civil, le pouvoir d'ordonner l'exécution en nature de l'obligation de ne pas nuire et, à cette fin, l'apport à l'établissement dangereux, insalubre ou incommode, de tous travaux qui ne s'opposent pas à ceux qui ont été prescrits par l'autorité administrative, dans l'intérêt général, et qui ne compromettent pas l'existence même de l'établissement. Toutefois, en ordonnant l'arrêt de l'exploitation du demandeur jusqu'à ce que celui-ci ait procédé aux aménagements prévus par l'expert, sous la surveillance de celui-ci et à la condition qu'il les ratifie. Le juge a excédé les limites de son pouvoir." (cursivering toegevoegd)

In zijn belangwekkende conclusies die het arrest van het Hof van Cassatie van 23 april 1971 voorafgegaan - in dat arrest aanvaarde het Hof dat het verzuim van regeringswege de nodige uitvoeringsmaatregelen van een reglementaire tekst te nemen onder het toepassingsveld van artikel 1382 B.W. viel; schrijft GANSHOF VAN DER MEERSCH:

"Het staat gewis niet aan de rechter te onderzoeken welke maatregelen de Uitvoerende Macht dient te nemen om te 'regeren' of te 'besturen' maar het is zijn grondwettelijke en wettelijke plicht voor recht te zeggen of haar beslissingen, haar handelen, haar niet-handelen wettelijk zijn en o.a. of het haar wettelijk geoorloofd was zich ervan te onthouden een bepaalde beslissing of maatregel te treffen en of de getroffen maatregelen of de ontstentenis van maatregelen een fout, een onvoorzichtigheid een nalatigheid uitmaken. De administratie is vrij in haar keuze, zoverre zij geen rechtsregel schendt, nl. een regel die een bepaalde handeling oplegt of verbiedt, ook de regel die haar verbiedt schade te veroorzaken door een handeling of verzuim die niet als normaal kunnen beschouwd worden, die een onvoorzichtigheid of een nalatigheid dienen geheten te worden.

De Staat is soeverein, hij beslist in laatste aanleg, maar hij is niettemin aan het recht onderworpen" (1).

Uit deze overwegingen kan men afleiden dat er voor een rechterlijk bevel alleen maar plaats is, wanneer er : 1. een bestuurlijk handelen of niet handelen is dat onwettelijk is ; 2. de sanctie van de rechter geen inbreuk maakt op de discretionnaire bevoegdheid die het bestuur terzake toekomt.

Wat Delva schrijft is hiermee niet in tegenspraak. Voor hem heeft het rechterlijk bevel als doel de uitvoering van de onwettelijke overheidsdaad, die een subjectief recht aantast of in gevaar brengt, "te voorkomen, te schorsen of ongedaan te maken" (2). De rechter mag daarbij niet zo ver gaan dat wanneer dat voorkomen, schorsen of ongedaan maken op verschillende wijzen kan gebeuren, de precieze wijze en modaliteiten voor te schrijven.

Opvallend is dat het sterke pleidooi van Delva voor een actieve rechterlijke censuur in de praktijk relatief weinig weerklank heeft gevonden. Dit is deels verklaarbaar doordat de onwettelijkheid, die een bestuurs-handeling aangewreven wordt, vaak betrekking zal hebben juist op de

(1) *Arresten*, 1971, 808.

(2) DELVA, *art. cit.*, p. 488.

keuze van uitvoeringswijze, en modaliteiten die het bestuur gemaakt heeft. Wil de rechter daarop ingaan, dan kan hij er haast niet onder uit de bestreden handeling ook op haar opportuniteit te toetsen, en dat is iets waar het Hof van Cassatie niet van wil weten (1). Dit zal tot gevolg hebben dat de rechter, wanneer hem om een bevel of verbod gevraagd wordt en wanneer hij dan meent niet tot een oordeel te kunnen komen zonder de opportuniteit van de bestuurshandeling te onderzoeken, geneigd zal zijn zich onbevoegd te verklaren. De grens tussen legaliteit en opportuniteit vooral wanneer de bestuurshandeling getoetst moet worden aan de norm van artikel 1382 B.W., is uitermate moeilijk te trekken.

369.- Wat de Raad van State betreft is de toestand veel eenvoudiger. Standvastig heeft de Raad geoordeeld, expliciet dan wel impliciet, dat hem de bevoegdheid niet toekomt het bestuur bevelen te geven (2).

Zonder zover te gaan te willen beweren dat de Raad over een dergelijke bevoegdheid zou moeten beschikken, kan men zich toch de vraag stellen of het niet wenselijk zou zijn dat de Raad van State in zijn vernietigingsarresten aan het bestuur aanwijzingen zou geven hoe het bestuur bij het eventueel nemen van een nieuwe beslissing, in de plaats van de vernietigde beslissing, te werk moet gaan. Weliswaar is het niet de bedoeling dat de Raad tot in de details zou gaan voorschrijven hoe het bestuur moet handelen wil het aan een nieuwe vernietiging ontkomen, noch dat de Raad in alle vernietigingsarresten aanwijzingen zou geven. Veeleer wordt hier gedacht aan een voldoende duidelijke en volledige uiteenzetting van de redenen die tot de vernietiging hebben geleid, en het geven van een aantal min of meer vage wenken aan het bestuur bij het nemen van een nieuwe beslissing, ook voor die elementen van de handeling die niet grondig onderzocht werden (omdat een eerste middel reeds tot de vernietiging geleid heeft).

(1) Hof van Cassatie, 29 oktober 1968, *PAS.*, 1969, I, 225 ; *Mouvement Communal*, 1970, 191 ; *De Gemeente*, 1970, 195 ; *Res et Jura immobilia* 1970, 213 ; *Revue fiscale*, 1969, 520.

Hof van Cassatie, 18 februari 1969, *R.W.*, 1968-1969, 1513.

(2) Expliciet : Raad van State, 20 april 1972, n° 15264

Raad van State, 10 juli 1972, n° 15431

Raad van State, 30 oktober 1972, n° 15544

Impliciet : Raad van State, 13 februari 1971, n° 13962

Raad van State, 20 oktober 1971, n° 14321

Raad van State, 27 oktober 1971, n° 14328

D. De ombudsman

370.- Over de ombudsman is er ook in België heel wat te doen geweest. Met name is er een indrukwekkend aantal parlementaire initiatieven geweest (1) en de recente studie van T. Renard zal ongetwijfeld de belangstelling voor deze zaak, die enigszins verflauw schijnt, weer doen opleven (2).

-
- (1) - Belgische Senaat, buitengewone zitting 1965, n° 28 : voorstel van wet houdende instelling van het ambt van handsprocureur, van de heren H. Lahaye en J. Bascour.
- Kamer van Volksvertegenwoordigers, zitting 1966, 1967, n° 304/1 : wetsvoorstel tot instelling van een Commissaris van het Parlement van de heer Vranckx c.s.
 - Belgische Senaat, buitengewone zitting 1968, n° 11 : Voorstel van wet houdende instelling van het ambt van handsprocureur van de heren H. Lahaye en J. Bascour.
 - Kamer van Volksvertegenwoordigers zitting 1968-1969 en 1969-1970 :
 - n° 231/1 : wetsvoorstel tot instelling van een Commissaris van het Parlement, van de heer Glinne c.s.
 - n° 231/2 : Verslag van de heer Van Liedth de Jeude
 - n° 231/3 : Amendementen van de heer Anciaux
 - Belgische Senaat, zitting 1970-1971, n° 510 : Voorstel van wet tot instelling van een ambt van ombudsman voor het leger en de rijkswacht, van de heer Bauwens c.s.
 - Kamer van Volksvertegenwoordigers, zitting 1970-1971, n° 997/1 : wetsvoorstel tot instelling van een ambt van parlementaire procureur belast met het toezicht op de gelijke behandeling van man en vrouw in het openbaar leven, van mevrouw A. Lahaye-Duclos en mevrouw S. Mabilille-Leblanc.
 - Kamer van Volksvertegenwoordigers, zitting 1971-1972, n° 116/1 : Wetsvoorstel tot instelling van een ambt van parlementair procureur belast met het toezicht op de gelijke behandeling van man en vrouw in het openbaar leven, ingedind door mevrouw A. Lahaye-Duclos c.s.
 - Belgische Senaat, zitting 1971-1972, n° 122 : voorstel van wet tot instelling van een ambt van ombudsman voor het leger en de rijkswacht, van de heer E. Bauwens c.s.
 - Kamer van Volksvertegenwoordigers, zitting 1971-1972, n° 199/1 : wetsvoorstel houdende instelling van het ambt van Landsprocureur, ingedind door A. Kempinaire c.s.
 - Kamer van Volksvertegenwoordigers, zitting 1971-1972 n° 298/1 : wetsvoorstel tot instelling van een commissaris van het parlement van E. Glinne
 - n° 298/2 : amendement van de heer Anciaux
 - n° 298/3 : amendementen van de heer Bourgeois, p.1 en 2 : amendementen van de heer Gol. p. 3 en 4; amendementen van de heer van Liedth de Jeude
 - Belgische Senaat, buitengewone zitting 1974, n° 89/1 : wetsvoorstel houdende instelling van het ambt van Landsprocureur van de heer H. Lahaye c.s.
 - Belgische Senaat, buitengewone zitting 1974 : n° 102/1 : voorstel van wet tot instelling van een ombudsman voor de pers, van de heer R. Vandezande
 - Kamer van Volksvertegenwoordigers, buitengewone zitting 1974, n° 60/1 : wetsvoorstel tot instelling van een commissaris van het parlement, van de heer E. Glinne c.s.
 - n° 60/2 : amendementen van de heer Anciaux
 - n° 60/3 : amendementen van de heer Bourgeois.

(2) T. RENARD, *De Parlementaire Ombudsman*, Antwerpen, S.W.U., 1974.

Het instituut van de ombudsman doorkruist niet alleen de vertrouwde Belgische gezagsstructuren, ook valt nog te bezien hoe bestuur en bestuurders zullen reageren op dit geïmporteerde produkt, mocht het ooit werkelijkheid worden.

Voorspellingen over de doelmatigheid ervan zijn derhalve moeilijk te maken.

Vanuit het standpunt van een preventieve rechtsbescherming kan de ombudsman zeker een winstpunt zijn.

De eigen kenmerken van het instituut: onafhankelijkheid, afwezigheid van een omslachtige procedure, toezicht zowel op de wettelijkheid als de opportuniteit van de bestuurshandelingen - maken het uitermate geschikt voor een snel en doeltreffend ingrijpen in het administratieve besluitvormingsproces (1).

Toch kan de ombudsman niet als de afdoende remedie tegen fouten en tekortkomingen bij de administratieve besluitvorming gelden ; het is hem materieel onmogelijk op alle besluitvormingsprocessen toezicht te houden, zijn gezag is voornamelijk van morele aard, en men zal dikwijls pas een beroep op hem kunnen doen als het besluitvormingsproces reeds voltooid is.

§ 3. DE MATERIELE PREVENTIEVE RECHTSBESCHERMING, GRONDSLAG EN VOORWAARDE VAN DE FORMELE PREVENTIEVE RECHTSBESCHERMING

A. De grenzen van de curatieve en van de formele preventieve rechtsbescherming

371.- In hoofdstuk I werd er op gewezen dat de curatieve rechtsbescherming niet bij machte is om de belangen en rechten van de rechtsonderhorigen op afdoende wijze te beschermen, wanneer een bestuurshandeling op die rechten en belangen een nadelige invloed heeft.

(1) Voor de eigen kenmerken ombudsman, zie T. RENARD, *op. cit.*

Daarvoor kan men oorzaken aanduiden die deels van structurele, deels van toevallige aard zijn.

372.- Onder de structurele oorzaken die de rechterlijke macht - de burgerlijke rechtbanken voornamelijk - beletten de op het spel staande rechten en belangen doeltreffend te beschermen, staat voorop dat zij slechts achteraf tussen beide kunnen komen, wanneer de beslissing op het bestuurlijke vlak reeds gevallen is. Weliswaar kan dit gedeeltelijk verholpen worden door de procedure in kort geding maar daardoor kan in het beste geval de tenuitvoerlegging van de gewraakte bestuurshandeling slechts geschorst worden. Zelfs al zou artikel 107 van de Grondwet toegepast worden in de zin dat de rechter de bestuurshandeling ook mag vernietigen - 'aktieve censuur' dus - dan blijft dit een ingrijpen van buitenaf dat in een aantal gevallen tot gevolg zal hebben dat burger en bestuur onverzoenlijk tegenover elkaar zullen blijven staan : de reactie van de ambtenaren zal zijn om het rechterlijk bevel zoveel mogelijk in eigen voordeel te interpreteren.

Maar, in de meeste gevallen gaat de rechterlijke macht zelfs niet zover dat zij aan het bestuur bevelen geeft, en artikel 107 blijft onderworpen aan de dubbele beperking dat het alleen bij wijze van exceptie en bij wijze van onverbindendverklaring voor het individuele geval dat aan de rechtbank is voorgelegd, kan worden ingeroepen.

Een tweede oorzaak vindt men in de bevoegdheidsafbakening van de rechterlijke macht ; zij is alleen bevoegd wanneer de burger kan aantonen dat een subjectief recht in het geding is.

Door dit alles heen loopt nog steeds de rode draad van Montesquieus leer van de scheiding der machten. De rechter mag zich niet in de plaats stellen van het bestuur : maar de grens tussen wettelijkheidstoezicht (rol van de rechter) en opportuniteit (domein van het bestuur), is moeilijk te trekken. Een derde oorzaak zijn de problemen in verband met de procedure : hoe moet een eis ingeleid worden bij welke rechtsmacht, binnen welke termijn, en wat zijn de ontvankelijkheidsvoorwaarden, de mogelijkheden van verhaal, enzovoorts.

Tenslotte, de remedie die de rechter kan geven is niet altijd voldoende. Gedwongen tenuitvoerlegging tegen het bestuur is niet mogelijk. Waar de rechter vaststelt dat het herstel quo ante van het recht of belang

onmogelijk is en het bestuur tot een geldelijke compensatie veroordeelt, zal het bestuur zich daar wel bij neerleggen, maar het houdt in dat de rechter niet in staat is gebleken het aangedane onrecht te voorkomen. Zou het herstel, in eerder zeldzame gevallen, wel mogelijk blijken, hoe kan de rechter dan dat herstel bevelen zonder zich in de plaats van het bestuur te stellen? Kan hij het bestuur veroordelen tot het afleveren van de gevraagde vergunning, tot het doen van een benoeming, tot het toelaten van een vreemdeling? In de meeste gevallen waar het geroepen is om te handelen, beschikt het bestuur over een marge van discretionaire appreciatie die de rechter hoort te eerbiedigen.

373.- Onder de meer toevallige oorzaken kan men noemen : de min of meer lange tijd die nodig is om een rechterlijke uitspraak te bekomen, de vertrouwdeheid van de rechter met de bestuurlijke problematiek.

374.- Een deel van deze oorzaken treft men ook aan bij de Raad van State : ook daar zijn er hindernissen van procedurale aard, ook daar komt de rechter pas achteraf tussenbeide. Daar komt nog bij dat de Raad helemaal de bevoegdheid mist om bevelen aan het bestuur te geven of de tenuitvoerlegging van bestuurshandelingen te schorsen. Zo de termijn om een uitspraak te krijgen onredelijk lang lijkt, staat daartegenover dat de Raad van State zeer vertrouwd is met het besturen in al zijn facetten, en met kennis van zaken uitspraak kan doen.

Bij dit alles komt dan nog dat de rechtzoekende burger geconfronteerd wordt met bevoegdheidsconflicten tussen de burgerlijke rechtbanken en de Raad van State, en dat het voorkomt dat de burgerlijke rechtbanken en de Raad van State over eenzelfde probleem er een verschillende of zelfs tegengestelde mening op nahouden.

375.- Van het parlement kan men zeggen dat het als zodanig niet geoutilleerd is om de bescherming van de rechten en belangen van de individuele rechtsonderhorige ter harte te nemen. Door middel van parlementaire vragen kan soms wel iets bekomen worden, maar ook deze zullen als regel slechts gesteld worden nadat het bestuur reeds een beslissing genomen heeft. Bovendien wordt in de meeste gevallen een ontwijkend of vaag antwoord gegeven, of neemt de minister de bescherming van "zijn" administratie op zich.

Al deze vaststellingen leiden tot de vraag of bij de gebleken tekorten van de curatieve rechtsbescherming, het accent niet verlegd moet worden naar de preventieve rechtsbescherming.

B. Openbaarheid als voorwaarde voor een preventieve rechtsbescherming

376.- Preventieve rechtsbescherming veronderstelt dat de rechtsonderhorige weet dat er een hem aanbelangende besluitvormingsproces bezig is (in de gevallen dat hij het niet zelf in gang heeft gezet), dat hij weet welke de richtlijnen zijn die de administratie volgt, of en welke zelfbindingsnormen er zijn, dat hij toegang krijgt tot de documentatie die voor hem van belang is, en tot zijn eigen dossier.

Aldus komt openbaarheid voor als een essentiële voorwaarde voor een preventieve rechtsbescherming.

Immers hoe zouden zijn rechten en belangen op preventieve wijze, dit wil zeggen vooraleer het bestuur zijn beslissing genomen heeft, beschermd kunnen worden, wanneer het besluitvormingsproces zich in beslotenheid afspeelt ?

Daarom is het teleurstellend te moeten vaststellen dat in België de geheimhouding de regel is, de openbaarheid de uitzondering, hoewel het ene noch het andere uit een algemeen voorschrift blijkt.

In hoofdstuk II werd aangetoond dat de regel van de geheimhouding steunt op artikel 9 alinea 2 van het Statuut van het Rijkspersoneel waarbij het aan Rijksambtenaren verboden is feiten bekend te maken "die zij zouden kennen ter oorzake van hun ambt en die van nature geheim zijn of krachtens voorschriften van hiërarchische meerderen geheim te houden zijn."

Uit het antwoord van de secretaris generaal van het Ministerie van Economische Zaken op enige vragen, die aan een aantal ministers en openbare instellingen werden voorgelegd, is gebleken dat deze ambtenaar, hoewel hij het principe van de openbaarheid genegen is, aan deze verbodsbepaling streng de hand wenst te houden.

377.- In hoofdstuk II is ook getracht een inventaris op te maken van de wettelijke en reglementaire bepalingen die waarin openbaarheid voor een bepaalde materie wordt voorgeschreven, en meer bepaald werd nagegaan hoe het met de openbaarheid gesteld was in de wetgeving betreffende de ruimtelijke ordening en stedebouw.

Het aantal wetten en reglementen dat openbaarheid voorschrijft moge groter zijn dan men intuïtief zou verwachten, het blijkt duidelijk onvoldoende te zijn om de grondhouding van geheimhouding te overwinnen.

Men kan stellen dat gedeeltelijke openbaarheid van relatief weinig nut is, omdat het besluitvormingsproces dan toch niet bloot komt te liggen, zodat gedeeltelijke informatie nog geen juiste kijk op dat proces verschaft.

Een tweede tekortkoming van algemene aard is de laatijdigheid van de informatie. Het proces komt pas in de openbaarheid wanneer het reeds zo ver gevorderd is dat er op dat ogenblik voor de individuele burger toch niet veel meer aan te doen valt. Met name op gebied van ruimtelijke ordening en stedebouw is deze tekortkoming duidelijk aan het licht getreden.

378.- Een onderzoek van de voorbereidende werken van de wet op de ruimtelijke ordening en stedebouw van 29 maart 1962, en van de wetswijziging van 22 december 1970, hebben aan het licht gebracht dat deze wet, zij het met de hiervoor vermelde tekortkomingen, veel zorg aan de openbaarheid besteed, maar dat deze zorg voornamelijk te vinden geweest is bij de parlementsleden, niet bij de minister of het bestuur, integendeel zelfs.

Dit leidt tot de indruk dat het bestuur op het mentale vlak niet de openbaarheid genegen is, en die indruk wordt bevestigd door de antwoorden die verstrekt worden op de vragen, waarvan sprake hiervoor.

379.- Buitenlandse voorbeelden, met name Zweden en de Verenigde Staten van Amerika, tonen aan dat een wet waarbij de openbaarheid wordt opgelegd, wenselijk is. Nochtans blijkt het met de openbaarheid in Amerika niet van een leien dakje te gaan, en staat het Supreme Court een ruime interpretatie van de uitzonderingen op het openbaarheidsbeginsel voor.

380.- Zijn er dan aan de openbaarheid zoveel bezwaren verbonden ? Gewis is het noodzakelijk de openbaarheid af te wegen tegen andere belangen, en die afweging kan leiden tot het formuleren van uitzonderingen op het openbaarheidsbeginsel, wanneer die andere belangen hoger moeten worden aangeslagen.

Over een aantal van die uitzonderingen kan iedereen het eens zijn, met name dat de persoonlijke levenssfeer geëerbiedigd moet worden, het opsporen van misdrijven, de staatsveiligheid.

Tegen de openbaarheid worden echter ook principiële bezwaren naar voren gebracht : openbaarheid zou nefast zijn voor de bestuurlijke doelmatigheid en slagvaardigheid. In Nederland is hierover nogal druk gepolemiseerd. Klinkers, wiens proefschrift over de openbaarheid van bestuur handelt, heeft die bezwaren op een naar het ons voorkomt overtuigende wijze ontzenuwd.

Ten eerste stelt hij dat een rangorde van maatstaven die het bestuur moeten beheersen onontbeerlijk is, en in zo een rangorde komt aan de democratie de hoogste plaats toe, en daaraan is de slagvaardigheid van het bestuur ondergeschikt (1). Terloops merkt hij op dat openbaarheid en slagvaardigheid overigens niet per se elkaars tegengestelden zijn, maar in vele gevallen rustig naast elkaar bestaan.

En hij gaat nog verder. Veeleer dan slagvaardigheid tegen te werken, kan openbaarheid ze bevorderen, en wel op tweeërlei wijze. Eerstens kan openbaarheid wederzijdse acceptatie van bestuur en bestuurders in de hand werken, en desgevallend tot verkorting van de duur van de besluitvormingsprocessen kan leiden en dus kosten kan besparen. Maar

(1) KLINKERS L.E.M., *op. cit.*, p. 78-79.

Klinkers maakt een onderscheid tussen "efficiency" en "doelmatigheid". Onder "efficiency" lijkt hij te verstaan het optreden op een zo zuinig en toch zo slagvaardige wijze als mogelijk ; onder "doelmatigheid", het verwezenlijken van de doeleinden, ook al gaat dit ten koste van slagvaardigheid en zuinigheid. Voor hem gaat niet alleen de democratie, maar ook de doelmatigheid voor de efficiency. De verfijning die Klinkers aldus aanbrengt kan in de toekomst nuttig blijken, maar het moet gezegd dat in de huidige stand van bestuursrecht en bestuurskunde efficiency en doelmatigheid erg dicht bij elkaar liggen.

zelfs al vernelt het proces er niet door, dan nog kan openbaarheid leiden tot een kwalitatief en tevens goedkoper bestuur. Heeft het bestuur zijn beslissing genomen - bij hypothese buiten de openbaarheid - dan kan het vaak voorkomen dat de uitvoering van die beslissing op bezwaren stuit, leidt tot administratieve en gerechtelijke procedures, politieke acties enzovoorts, hetgeen in feite neerkomt op een verlenging en duurer worden van het administratief besluitvormingsproces. Daarmee wil niet gezegd zijn dat een in openbaarheid voorbereide beslissing niet betwist zal worden, maar enerzijds zal zo een beslissing voor een aantal personen gemakkelijker aanvaardbaar zijn, en zullen er dus minder "blinde" betwistingen zijn, anderzijds zullen ingebrachte bezwaren meer doelgericht zijn en voor snellere afhandeling vatbaar (1).

381.- Enig voorbehoud tegen dit laatste argument is wel op zijn plaats. Men kon niet voetstoots aannemen dat de openbaarheid de aanvaardbaarheid van bestuurshandelingen automatisch zal vergroten en dat het aantal betwistingen a posteriori zal verminderen. Zo'n stelling vertrekt vanuit een tamelijk eenvoudige mentaliteitsstructuur bij de bestuurden, namelijk dat zij openbaar voorbereide beslissingen gemakkelijker zullen aanvaarden. Daarbij wordt uit het oog verloren dat gewoonlijk slechts een aktieve minderheid tot betwisting overgaat, en het is de vraag of openbaarheid op deze groep wel het beoogde resultaat zal hebben. Alleen de praktijk zal uitwijzen of Klinkers voorspellingen juist blijken te zijn.

Alleszins kan niet bestreden worden dat openbaarheid van bestuur een krachtig middel van democratische controle is op het bestuur, en kan bijdragen tot het besef bij burger en ambtenaar dat zij naast elkaar staan, niet tegenover elkaar. Door de openbaarheid kan de burger participeren in het bestuur, hoewel natuurlijk de rol van ambtenaar en burger niet samenvallen. Het is dan ook duidelijk dat openbaarheid een essentiële voorwaarde is voor gelijk welk systeem van preventieve rechtsbescherming. De doeltreffendheid van preventieve rechtsbescherming is rechtstreeks evenredig met de graad van openbaarheid. Hoe minder de burger weet van zijn "dossier" des te minder kan hij preventief voor zijn rechten en belangen opkomen (2). In België valt er nog heel wat te doen voor

(1) KLINKERS L.E.M., *op. cit.*, p. 80-87.

(2) In de extreme gevallen waar het besluitvormingsproces zich geheel buiten het weten van de betrokken burger afspeelt en waar de openbaarheid dus nul is, is ook de preventieve rechtsbescherming onmogelijk en onbestaande.

openbaarheid van bestuur een feit zal zijn. Daarbij valt nog op te merken dat het een gelukkige omstandigheid is dat voor de verwezenlijking van de openbaarheid op niveau van het staatsbestuur, geen ingrijpen van de wetgever nodig is. De Koning kan, als hoofd van het bestuur, de openbaarheid daarin inbouwen, zoals hij nu aan de rijksambtenaren zwijgplicht oplegt via artikel 9 van het statuut voor Rijksambtenaren. Er is immers geen regel van grondwettelijke of wettelijke aard die openbaarheid in het algemeen verbiedt. Vanzelfsprekend moet geheimhouding gerespecteerd worden daar waar een wettelijke bepaling dat voorschrijft. Er valt nog aan te stippen dat provincie en gemeente zich moeilijk zullen kunnen onttrekken, zelfs zonder wetswijziging, aan het van rijkswege gegeven voorbeeld.

C. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur, grondslag van de preventieve rechtsbescherming

382.- Het terrein van de preventieve rechtsbescherming strekt zich uit over het Rijdsveld waarbinnen de beslissing van de administratie tot stand komt (1). Tot nu toe ontbreken in België procedurevoorschriften die dit proces op algemene wijze formaliseren en er waarborgen inbouwen ter bescherming van de rechten en belangen van de betrokken rechtsonderhorigen. Wel zijn er stemmen opgegaan om tot zo'n procedurewet te komen (2) en ook in het Parlement zijn er destijds initiatieven in die richting geweest (3)

- (1) In *Inleiding tot de bestuurswetenschap*, VUGA, 1969 van H.A. BRAZS e.a., p. 345, wordt het proces van de administratieve besluitvorming in de volgende fasen ontleed :
 - formulering van de doelstellingen ;
 - analyses van de bestaande toestanden, met inbegrip van het verzamelen van alle gegevens ;
 - opstelling en berekening van alternatieven
 - keuze ;
 - tenuitvoerlegging ;
 - controle op de uitvoering ;
 - toetsing aan de doelstellingen en eventuele herwaardering.
- (2) BUCH H., *De administratieve procedure in België*, TBP, 1970, p. 11 e.v. FLAMME M.A., *art. cit.*
- (3) - Wetsvoorstel betreffende de vorm van overheidshandelingen, van senator Neybergh, 9 april 1957. Documenten Senaat, zitting 1956-1957, n° 235.
 - Wetsvoorstel op de hervorming van de geschillen van bestuur van volksvertegenwoordiger De Staercke, 12 januari 1963. Documenten Kamer, zitting 1962-1963, n° 479-1. Advies van de Raad van State, n° 479-2
 - Wetsvoorstel houdende oprichting van provinciale bestuursrechtbanken, van volksvertegenwoordiger De Staercke, 12 november 1963, Documenten Kamer, zitting 1963-1964, n° 652-1. Advies Raad van State, n° 652-2.

383.- Dit wil niet zeggen dat er geen enkele regeling bestaat m.b.t. administratieve besluitvorming. Op een aantal gebieden zijn er voorschriften die nu eens meer, dan weer minder, regels stellen die bij die besluitvorming in acht genomen moeten worden. Een vrij complete regeling treft men aan in de materie van gevaarlijke, ongezonde en hinderlijke bedrijven, en, wat sommige aspecten betreft, inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw.

Maar het inachtnemen van de rechten en belangen van rechtsonderhorigen vindt een ernstige beperking in de regel dat die rechtsonderhorigen in het besluitvormingsproces kunnen meespelen in zoverre een wet of reglement hun dat toestaan (1).

In een tijd waar de burger steeds meer met het bestuur te maken heeft, en waar de eerste beslissing van het bestuur dikwijls ook de laatste is, of een definitieve wending aan de zaak geeft, wordt dit buitenspel zetten van de belanghebbenden en het gebrek aan controle op de ruime discretionaire bevoegdheid van het bestuur als een ernstige lacune gevoeld.

384.- Die lacune is, voornamelijk de Raad van State, maar ook de burgerlijke rechter, gaan opvullen, en daarvoor werd een beroep gedaan op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Die beginselen zijn rechtsbeginselen, d.w.z. zij hebben normatieve kracht. Zij leggen niet onmiddellijk preciese gedragsregelen op aan het bestuur ; het komt aan het bestuur toe te oordelen hoe de beginselen in de praktijk omgezet moeten worden, en daarbij spreekt het vanzelf dat

(1) Volgens de vaste rechtspraak van de Raad van State kunnen de rechtsonderhorigen in niet-betwiste zaken alleen maar aanspraak maken op die rechten die hun door een wet of reglement uitdrukkelijk verleend zijn (bv. Raad van State, 27 november 1972, n° 15581; 29 februari 1972 n° 15186). Voorshands is nog niet duidelijk hoe de algemene beginselen zich verhouden tot administratieve beslissingen in niet-betwiste zaken. Weliswaar zijn er recente arresten die schijnen aan te tonen dat de algemene beginselen op alle bestuurshandelingen van toepassing zijn (Raad van State, 18 maart 1971, n° 14616 ; 17 april 1974, n° 16364 ; R.W., 1974-1975, 310) maar tot nu toe heeft de Raad zich nog niet uitdrukkelijk uitgesproken over de toepassing van deze stelling op alle niet-betwiste zaken, en met name op de beslissingen genomen krachtens een of andere politiebevoegdheid.

eenzelfde beginsel op verschillende wijze toepassing zal vinden in functie van de omstandigheden die aan een zaak of soort zaken eigen zijn. Zo, bijvoorbeeld inbetwistingen over gemeenteraadsverkiezingen vereist het beginsel van de rechten van de verdediging niet dat de partijen in persoon of bij monde van hun raadsman gehoord worden door de bestendige deputatie ; een zuiver schriftelijke procedure is met dit beginsel, in casu, verenigbaar (1). Zo zelfs bij rechtsprekende procedures een marge van beleidsvrijheid voorhanden is om de praktische toepassingsmodaliteiten van de algemene beginselen vast te leggen, dan geldt dit a fortiori voor administratieve handelingen die niet tot het contentieux behoren. De Raad van State heeft dit trouwens uitdrukkelijk erkend (2).

Evenwel, het niet schriftelijke karakter van de algemene beginselen belet niet dat het bestuur verplicht is ze na te leven, al bestaat er twijfel of deze plicht ook geldt voor niet-betwiste zaken (3).

In dit verband is het verheugend dat de Raad van State ieder bestuur aanspoort om de toepassingsmodaliteiten van de algemene beginselen vast te leggen (4). Dit zou echter gepaard moeten gaan met een jurisdictionele opwaardering van pseudo-wetgeving - daardoor is er voor de rechtsonderhorigen een grotere rechtsbescherming - maar daar schort wel wat aan (5).

385.- Het groeiende belang van de algemene beginselen heeft echter ook geleid tot de intensivering van de discussies over hun oorsprong, wijze van totstandkoming, verhouding tot andere rechtsbronnen en tot elkaar, en daaraan werd het eerste deel van Hoofdstuk III gewijd.

Er valt niet te ontkennen dat er op deze punten heel wat onduidelijkheid heerst, en dat het onmogelijk is een bevredigende verklaring te

(1) Raad van State, 28 november 1972, n° 15585.

zie ook : Raad van State, 12 mei 1971, n° 14720.

(2) Raad van State, 18 maart 1971, n° 14616.

(3) zie voetnoot Wblz. 30.

(4) Raad van State, 18 maart 1971, n° 14616.

(5) zie over de rechterlijke waardering van pseudo-wetgeving, Hoofdstuk II, § 1.4.

geven over aard en wezen van de algemene rechtsbeginselen, en met name over hun verhouding tot andere rechtsnormen.

Dit kan evenwel niet beletten dat, hoe dan ook, de algemene beginselen als rechtsnormen bestaan en toepassing vinden, de bezwaren ten spijt die daartegen geuit werden (1).

Het belang van de discussies omtrent aard en wezen van de algemene beginselen moet niet onderschat worden, maar dat belang wordt in aanzienlijke mate gerelativeerd doordat een aantal van die beginselen rechtstreeks of onrechtstreeks een grondslag vinden in een grondwettelijke of wettelijke bepaling. Die grondslag is stevig genoeg om een verdere ontwikkeling van de algemene beginselen mogelijk te maken.

386.- In de tweede afdeling van hoofdstuk III werden een aantal algemene beginselen onderzocht, meer bepaald deze die perken stellen aan de discretionnaire bevoegdheid waar het bestuur over beschikt bij het treffen van zijn beslissingen.

Daaruit is gebleken dat de algemene beginselen, door normen aan het bestuurlijk handelen te stellen, op doeltreffende wijze de rechten en belangen van de rechtsonderhorigen in hun relatie tot het bestuur preventief beschermen.

Weliswaar is de preventieve werking van de algemene beginselen niet steeds bevredigend en evenmin volledig.

Zo valt te betreuren dat de plicht tot motivering zich meestal beperkt tot reële motivering; daardoor leert de rechtsonderhorige de motieven van een beslissing pas kennen wanneer hij die beslissing betwist voor de Raad van State.

(1) Naast de principiële bezwaren die Somerhausen aanvoert tegen de algemene beginselen, zijn er ook bezwaren van pragmatische aard. Het valt daarbij op dat bv. De Visschere tegen het beginsel van de motivering op precies hetzelfde bezwaar een beroep doet als een aantal auteurs in Nederland tegen de openbaarheid (zie Hoofdstuk III, § 3, D, a en hiervoor, p.), namelijk dat de slagvaardigheid van het bestuur erdoor aangetast wordt. Op de kritiek van De Visschere kan men hetzelfde antwoord geven dat Klinkers ter verdediging van de openbaarheid gegeven heeft.

Het gelijkheidsbeginsel - gelijke gevallen moeten op gelijke wijze behandeld worden - kan op gevaarlijke wijze uitgehold worden wanneer het aan het bestuur zelf wordt overgelaten te bepalen welke de categorieën van gelijke gevallen zijn.

De eigenlijke waarborgen van procedurale aard - de rechten van de verdediging - berusten niet als zodanig op een wettelijke grondslag, en zijn in principe niet van toepassing op beslissingen in niet-betwiste zaken.

387.- Die tekorten beletten niet dat dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te beschouwen zijn als de kern van ieder systeem dat tot bedoeling heeft de rechten en belangen van de burgers te beschermen voordat de beslissing van het bestuur gevallen is. Terecht spreekt Buch van de algemene beginselen als de "piliers solides" waarop iedere codificatie van de administratieve procedure moet steunen (1).

De vraag is of het uit de rechtspraak gevormde samenstel van algemene beginselen van behoorlijk bestuur inderdaad moet leiden tot een codificatie van het administratieve besluitvormingsproces.

De wenselijkheid daarvan is een betwiste zaak.

De voordelen van codificatie zijn duidelijk; uniforme toepassing op alle bestuurlijke besluitvormingsprocessen, het verschaffen van een stevige wettelijke grondslag.

Onder de nadelen kan men opsommen : het afremmen van bepaalde ontwikkelingen, een formaliseren van de verhouding burger-bestuur waarbij de tekst van de regel voorrang krijgt op de geest die eraan ten grondslag ligt, het op gelijke wijze behandelen van in wezen van elkaar verschillende situaties.

(1) BUCH H., A propos des principes généraux dans l'élaboration jurisprudentielle des actes administratifs, in : *Miscellanea Ganshof van der Meersch*, p. 431-432.

Toch is er een duidelijke tendens naar codificatie en het aantal landen waar de administratieve procedure gecodificeerd wordt is aanzienlijk (1). In Nederland, waar de evolutie terzake al verder gevorderd is dan in België, heeft de Vereniging voor Administratief Recht een ontwerp van een wet houdende algemene bepalingen administratief recht ter tafel gelegd (2).

In België hebben Flamme en Buch gepleit voor een codificering van de administratieve procedure (3). Zonder de nadelen die aan zo'n onderneming verbonden zijn te willen onderschatten, kan men inderdaad stellen dat de tijd aangebroken is om door middel van een wettekst de enigszins orderloze groei van de algemene beginselen in meer gerichte banen te leiden. Een dergelijke basiswet zou evenwel voorzichtig en soepel genoeg geformuleerd moeten zijn, om verdere jurisprudentiële uitbreiding van preventieve rechtsbescherming niet de pas af te snijden.

Daarbij zou men zich nuttig kunnen inspireren aan de door de Nederlandse Vereniging voor Administratief Recht voorgelegde tekst.

Maar een dergelijke onderneming vereist niet alleen een diepgaand onderzoek naar de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, maar minstens evenzeer een studie naar de noden en mogelijkheden van het bestuur zelf, en zeker ook naar de financiële weerslag ervan. Het argument van de slagvaardigheid van het bestuur moge dan al niet overtrokken worden men kan het ook niet over het hoofd zien. Het spreekt vanzelf dat die onderneming niet tot een goed einde kan worden gebracht zonder de blijvende medewerking van de ambtenaren.

-
- (1) Het "rapport van een commissie uit de Vereniging voor Administratief Recht belast met het ontwerpen van een wet houdende algemene bepalingen van administratief recht" (Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht LXXII, Groningen, Tjeenk Willink, 1974), vermeldt op p.12 de volgende landen : Spanje, Oostenrijk, Tsjecho-Slowakije, Polen, Joegoslavië, de Verenigde Staten, Hongarije, Zwitserland, Israël, Noorwegen en Zweden.
 - (2) Rapport voormeld, p. 1-6.
 - (3) FLAMME M.A., *Vers la codification de la procedure administrative*, *Rev. adm.*, 1970, p. 221-244.

§ 4. PROEVE VAN OPLOSSING

388.- 1. Reeds omwille van hun structuur zijn de instanties die in het huidige Belgische rechtstelsel de rechtsonderhorigen bescherming moeten verlenen tegen het bestuur, niet in staat om die bescherming ook in de vereiste mate te geven. Dit hangt wezenlijk samen met het feit dat zij curatief d.w.z. achteraf, ingrijpen, en verder ook met het verbod de plaats van het bestuur in te nemen. Daarbij voegen zich een aantal factoren die niet van structurele aard zijn - hoewel dit niet belet dat ze chronisch voorkomen - zoals de tijd die nodig is om een uitspraak te bekomen die soms dure, en soms ingewikkelde proecEDURE, factoren die er eveneens toe bijdragen de doeltreffendheid van de curatieve rechtsbescherming te verminderen.

389.- 2. Op de eerste plaats moeten de bestaande vormen van curatieve rechtsbescherming in de mate van het mogelijke verbeterd worden. Dit kan wat betreft de toevallige factoren waarvan sprake hiervoor : vereenvoudiging van de procedure, desnoods uitbreiding van het personeelskader en het ter beschikking stellen van ruimere financiële middelen. Verbetering is ook mogelijk op het structurele vlak : met Delva (1) moet krachtig gepleit worden voor een quantitatieve en kwalitatieve uitbouw van het kort geding : het moet mogelijk zijn dat de rechter aan het bestuur verboden oplegt en bevelen geeft. Dit is verenigbaar met zijn functie. Maar ook bij de Raad van State is een proecEDURE in kort geding op zijn plaats : met name moet aan de Raad de bevoegdheid worden toegekend om de tenuitvoerlegging van bestuurshandelingen te schorsen (2).

(1) DELVA J., *art. cit.*, p. 487 e.v.

(2) In een aantal gevallen heeft het beroep bij de Raad van State automatisch schorsende werking : artikel 5 van de wet van 24 juli 1952 (statuten van burgerlijke weerstanders, werkweigeraars, gedeporteerden voor verplichte arbeidsdienst); artikel 8 van de wet van 12 april 1958 op de medisch-farmaceutische cumulatie; zo ook in tuchtzaken waartegen cassatieberoep openstaat : artikel 11, laatste lid van de wet van 25 juli 1938 (geneesheren); artikel 12, laatste lid van de wet van 19 mei 1949 (apothekers); artikel 12, laatste lid van de wet van 19 december 1950 (dierenartsen
.../...

390.- 3. Maar deze verbeteringen kunnen geen afdoende remedie vormen.

Rechtsbescherming moet plaatsvinden bij de administratieve besluitvorming zelf.

Daarvoor is eerst vereist dat het beginsel van de beslotenheid van het bestuur de plaats zou ruimen voor het beginsel van de openbaarheid. Dit is trouwens niet alleen een eis van rechtsbescherming, maar ook van democratie : de rechtsonderhorigen hebben er recht op te weten hoe zij bestuurd worden.

Behalve daar waar de wet of de grondwet geheimhouding oplegt, kan de openbaarheid nu reeds bereikt worden door een maatregel van de organen die aan het hoofd van onafhankelijke besturen staan. Openbaarheid is te beschouwen als een modaliteit van de inrichting van het bestuur, en valt daarom natuurlijkerwijze in de bevoegdheidssfeer van de organen die met de uitvoerende macht bekleed zijn. Het verdient nochtans aanbeveling het openbaarheidsbeginsel in de wet of grondwet op te nemen, om er zodoende een stevigere grondslag aan te geven. Wat betreft de noodzakelijke uitzonderingen op de openbaarheid kan men zich inspireren aan het Zweedse en Amerikaanse voorbeeld (1).

391.- 4. De kern van ieder systeem van preventieve rechtsbescherming wordt gevormd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zij perken de discretionaire bevoegdheid van de administratie in door haar te verplichten rekening te houden met de rechten en belangen van de rechtsonderhorigen en door aan dezen een aantal mogelijkheden te geven om tijdens het besluitvormingsproces voor hun rechten en belangen op te komen (2).

....

In Frankrijk heeft de Conseil d'Etat van oudsher over de bevoegdheid beschikt om schorsing van tenuitvoerlegging te bevelen (MESTRE, *op. cit.*, p. 28), maar maakt er steeds minder gebruik van. De bevoegdheid terzake van de "Tribunaux administratifs" is sterk beperkt (artikel R.96, alinea 2, Code des tribunaux administratifs). Dit kan tot de eigenaardige situatie leiden dat de vraag om schorsing rechtstreeks aan de Conseil d'Etat wordt voorgelegd, terwijl de zaak ten principale voor een "tribunal administratif" hangende is (Conseil d'Etat, Assemblée, 23 juli 1974, Fernandez Gil Ortega, *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1974, p. 1821-1822)

(1) Zie Hoofdstuk II, p. 160 en 163-164.

(2) Een fraai toepassing hiervan is o.m. : Raad van State, 4 februari 1975.

Weliswaar vertoont het verschijnsel van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een aantal gebreken, zoals onduidelijkheid over hun plaats in de normenhiërarchie, onzekerheid over hun toepassingsgebied en -modaliteiten, maar men kan niet ontkennen dat zij op doeltreffende wijze vooraf rechtsbeschermend werken.

In afwachting dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voldoende uitgekristaliseerd zullen zijn om tot een administratieve procedurewet te leiden - in de trant van het voorstel van de Nederlandse Vereniging voor Administratief Recht - zou via de jurisprudentiële dan wel reglementaire weg het volgende bereikt moeten worden :

- de formulering door ieder bestuursorgaan van de wijze waarop het de algemene beginselen bij zijn besluitvorming zal toepassen.
- opwaardering van de pseudo-wetgeving. Die formuleringen zijn immers uitingen van het verschijnsel pseudo-wetgeving, en de rechtsonderhorigen moet erop vertrouwen dat ze inderdaad worden nageleefd.
- uitbreiding van de eigenlijke procedurale beginselen (recht om gehoord te worden, dossiers in te zien, zijn standpunt uiteen te zetten, andere vereisten m.b.t. de vorm van de bestuurshandelingen) tot alle bestuurs-handelingen, ook deze in niet-betwiste zaken of krachtens een politiebevoegdheid genomen. Deze procedurale beginselen maken het immers mogelijk de andere beginselen te doen naleven.

Deze uitbreiding moet gepaard gaan met een soepelheid wat de toepassingsmodaliteiten betreft, die de administratieve besluitvorming niet te zeer verzwaart.

392.- Maar bij dit alles vergete men niet de waarschuwing van professor Suetens :

"Al kan worden aanbevolen de vele informele mogelijkheden tot rechtsbescherming zoveel mogelijk om te zetten in formele rechtsbescherming, toch moet worden erkend dat de spontaniteit van het leven nooit volledig in wetteksten kan worden ondervangen." (1)

Daaruit volgt ook dat preventieve rechtsbescherming maar kan bloeien in een sfeer, waarin ambtenaar en burger begrip voor elkaar hebben. In een sfeer van achterdocht en strijd kan dit nog tere plantje van het bestuursrecht niet gedijen.

(1) SUETENS L.P., Burger en Bestuur, *Bestuurswetenschappen*, 1972, 203.

BIJLAGE 1

Om een idee te krijgen van de tijdsduur die nodig is om een gerechtelijke uitspraak te bekomen, werden van de arresten die de Raad van State in 1971 geveeld heeft, de datum van indiening van het verzoekschrift en de datum van uitspraak van het arrest in een IBM-computer ingebracht, tenminste voor die arresten waar beide data opgenomen waren in de Verzameling van Arresten en Adviezen van de Raad van State. Dit betekende 583 arresten op 674; 91 vielen er dus weg.

Dan werd, voor die 583 arresten, het gemiddeld aantal dagen berekend dat er verlopen was tussen de datum van indiening van het verzoekschrift en de datum van uitspraak.

Dit gemiddelde bedroeg 614 dagen, om precies te zijn : 614, 321 dagen.

Men moet er wel rekening mee houden dat in deze arresten begrepen zijn de arresten waar afstand van geding toegestaan wordt, en die gewoonlijk maar in korte tijd in beslag nemen, alsook de verzoekschriften, die wegens duidelijke onontvankelijkheid snel werden afgehandeld. Daarbij komt nog dat in 1971 heel wat betwistingen over gemeenteraadsverkiezingen (na de verkiezingen van 1970), voorkwamen, die bij voorrang afgedaan werden.

Verdisconteert men deze gegevens, dan kan men zonder overdrijving beweren dat de gemiddelde "normale" zaak na twee jaar haar beslag kreeg. Het ziet er niet naar uit dat de toestand sindsdien verbeterd is, integendeel.

In een volgende bewerking werden in opklimmende volgorde de vijftig arresten gerangschikt die het minste tijd nodig hadden om tot stand te komen. Het "snelste" arrest had 43 dagen nodig, het vijftigste uit de reeks 110.

Evenzo werd met de vijftig "traagste" arresten gedaan, maar dan in dalende volgorde. Het traagste arrest werd pas 3400 dagen na de indiening van het verzoekschrift uitgesproken, ofwel na 9 jaar en 115 dagen. Voor het vijftigste in die reeks waren er nog altijd 1215 dagen nodig, ofwel 3 jaar en 120 dagen.

Tenslotte werd een verdeling opgesteld, waarbij het aantal zaken op de Y-as en het aantal dagen op de X-as aangeduid werden. Bij wijze van vergelijking werd in de grafiek een Poisson-curve aangebracht, die voor dit soort verdelingen (van $0 \rightarrow +\infty$) de gewone verdeling aangeeft.

Wat kan men uit deze gegevens afleiden ?

Ten eerste dat de procedure voor de Raad van State langer, veel langer duurt dan goed is voor een behoorlijke rechtsbedeling, en is zeker niet te verenigen met het begrip "kort geding" waar artikel 30 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State van spreekt.

De gegevens die in de computer werden ingebracht zijn echter niet genoeg verfijnd om op te sporen welke fase van de procedure te lang duurt.

Daartoe zouden de volgende data, per zaak, moeten worden aangeduid :

- datum van indiening van het verzoekschrift,
- datum van de memorie van antwoord
- datum van de neerlegging van het verslag
- datum laatste memorie van antwoord
- datum laatste memorie van wederantwoord
- datum van het arrest.

Door de termijnen die tussen data verlopen zijn te vergelijken met de termijnen die in het Regentsbesluit van 23 augustus 1948 zijn vastgesteld, kan men nagaan in welke fase(n) de vertraging optreedt, en waar men derhalve verbeteringen moet aanbrengen.

Ten tweede lijkt het niet aannemelijk dat men over het procedureverloop bij de Raad van State over geen nauwkeurige gegevens beschikt. Als men ziet wat voor een statistieken er al niet gepubliceerd werden, door het Nationaal Instituut voor de Statistiek, dan lijkt het toch een kleine moeite om procedure voor de Raad van State volgens voormelde data statistisch te ontleden. De rechtsbedeling zou er wel bij varen.

OUT1 19:33 09/16/74 MONDAY

BRU

```
*****
* NR * ZAAK NR. * AANTAL DAGEN *
*****
* 1 * 595 * 43 *
* 2 * 477 * 53 *
* 3 * 557 * 58 *
* 4 * 513 * 60 *
* 5 * 547 * 62 *
* 6 * 548 * 63 *
* 7 * 618 * 63 *
* 8 * 532 * 66 *
* 9 * 906 * 68 *
* 10 * 582 * 69 *
*****
```

```
*****
* NR * ZAAK NR. * AANTAL DAGEN *
*****
* 11 * 476 * 70 *
* 12 * 546 * 71 *
* 13 * 558 * 71 *
* 14 * 533 * 73 *
* 15 * 636 * 73 *
* 16 * 504 * 74 *
* 17 * 534 * 74 *
* 18 * 864 * 76 *
* 19 * 535 * 77 *
* 20 * 649 * 77 *
*****
```

```
*****
* NR * ZAAK NR. * AANTAL DAGEN *
*****
* 21 * 758 * 83 *
* 22 * 591 * 84 *
* 23 * 590 * 85 *
* 24 * 584 * 87 *
* 25 * 635 * 89 *
* 26 * 621 * 90 *
* 27 * 622 * 90 *
* 28 * 623 * 90 *
* 29 * 21 * 91 *
* 30 * 660 * 91 *
*****
```

```
*****
* NR * ZAAK NR. * AANTAL DAGEN *
*****
* 31 * 822 * 91 *
* 32 * 581 * 92 *
* 33 * 650 * 94 *
* 34 * 633 * 95 *
* 35 * 610 * 97 *
* 36 * 560 * 98 *
* 37 * 680 * 98 *
* 38 * 664 * 99 *
* 39 * 648 * 100 *
* 40 * 691 * 100 *
*****
```

```
*****
* NR * ZAAK NR. * AANTAL DAGEN *
*****
* 41 * 643 * 102 *
* 42 * 583 * 105 *
* 43 * 634 * 105 *
* 44 * 639 * 105 *
* 45 * 721 * 105 *
* 46 * 663 * 106 *
* 47 * 702 * 106 *
* 48 * 762 * 106 *
* 49 * 561 * 108 *
* 50 * 679 * 110 *
*****
```

TIME 1 SECS.

OUT1 19:06 09/18/74 WEDNESDAY BRU

```
*****
* NR * ZAAK NR. * AANTAL DAGEN *
*****
* 1 * 514 * 3400 *
* 2 * 838 * 2876 *
* 3 * 11 * 2253 *
* 4 * 515 * 2142 *
* 5 * 495 * 1925 *
* 6 * 458 * 1883 *
* 7 * 832 * 1882 *
* 8 * 528 * 1836 *
* 9 * 654 * 1834 *
* 10 * 655 * 1811 *
*****
```

```
*****
* NR * ZAAK NR. * AANTAL DAGEN *
*****
* 11 * 472 * 1804 *
* 12 * 562 * 1782 *
* 13 * 662 * 1781 *
* 14 * 751 * 1768 *
* 15 * 764 * 1749 *
* 16 * 436 * 1720 *
* 17 * 954 * 1706 *
* 18 * 955 * 1657 *
* 19 * 756 * 1637 *
* 20 * 949 * 1577 *
*****
```

```
*****
* NR * ZAAK NR. * AANTAL DAGEN *
*****
* 21 * 789 * 1544 *
* 22 * 678 * 1499 *
* 23 * 88 * 1484 *
* 24 * 41 * 1463 *
* 25 * 47 * 1435 *
* 26 * 640 * 1434 *
* 27 * 44 * 1428 *
* 28 * 45 * 1428 *
* 29 * 69 * 1421 *
* 30 * 667 * 1419 *
*****
```

```
*****
* NR * ZAAK NR. * AANTAL DAGEN *
*****
* 31 * 644 * 1404 *
* 32 * 782 * 1377 *
* 33 * 79 * 1365 *
* 34 * 70 * 1358 *
* 35 * 978 * 1357 *
* 36 * 979 * 1357 *
* 37 * 518 * 1352 *
* 38 * 668 * 1351 *
* 39 * 459 * 1318 *
* 40 * 49 * 1299 *
*****
```

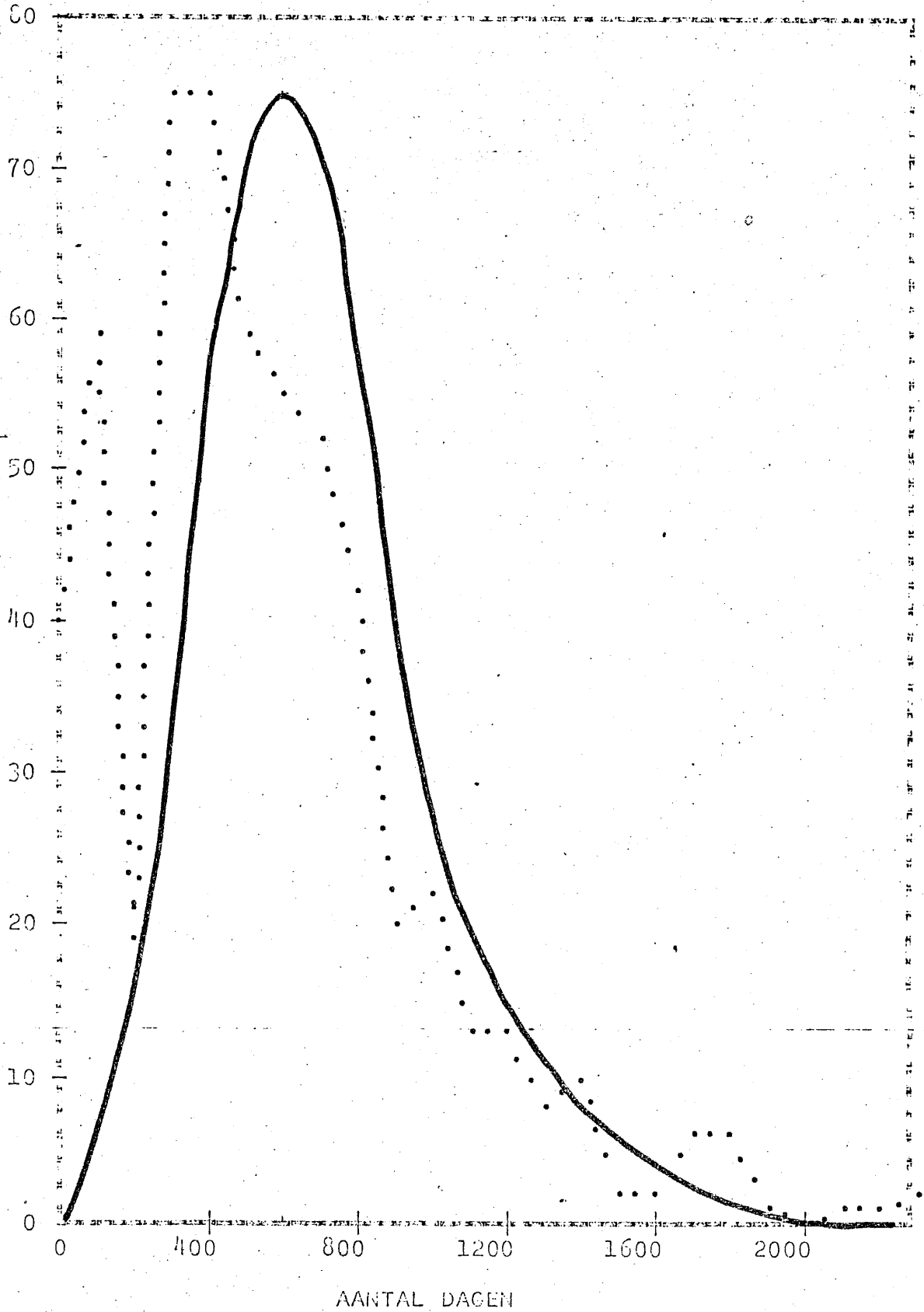
```
*****
* NR * ZAAK NR. * AANTAL DAGEN *
*****
* 41 * 811 * 1292 *
* 42 * 46 * 1284 *
* 43 * 510 * 1281 *
* 44 * 77 * 1271 *
* 45 * 28 * 1256 *
* 46 * 29 * 1254 *
* 47 * 658 * 1254 *
* 48 * 960 * 1254 *
* 49 * 929 * 1240 *
* 50 * 4 * 1215 *
*****
```

TIME

1 SECS.

VERDELING

AANTAL
ZAKKEN



— gewone verdeling (Poisson)

Ontwerp van wet, houdende algemene bepalingen^c van administratief recht (wet a.b.a.r.)

§ 1. Algemene begrippen

Artikel 1

Onder overheidsorgaan verstaat deze wet iedere persoon en ieder college met enig openbaar gezag binnen Nederland bekleed.

Artikel 2

1. Onder beschikking verstaat deze wet de eenzijdige, naar buiten werkende schriftelijke wilsverklaring van een overheidsorgaan, gegeven krachtens een staats- of administratief-rechtelijke bevoegdheid of verplichting en gericht op het scheppen, vaststellen, wijzigen of opheffen van een rechtsverhouding of rechtspositie, dan wel inhoudende de weigering tot zodanig scheppen, vaststellen, wijzigen of opheffen.
2. Een besluit van algemene strekking is geen beschikking in de zin van deze wet.

Artikel 3

1. Onder belanghebbende verstaat deze wet:
 - a. degene tot wie een beschikking wordt gericht;
 - b. degene die door een beschikking rechtstreeks in zijn belang wordt getroffen.
2. Ten aanzien van personen of colleges, met enig openbaar gezag bekleed, ten aanzien van al dan niet rechtspersoonlijkheid bezittende verenigingen en ten aanzien van stichtingen, worden de door hen als zodanig behartigde belangen voor de toepassing van het eerste lid, onder b, als hun belangen beschouwd.

§ 2. Voorbereiding van beschikkingen

Artikel 4

Een overheidsorgaan dient uit eigen beweging de nodige kennis te vergaren omtrent de belangen, die bij een te geven beschikking betrokken zijn.

Artikel 5

In de gevallen, die daarvoor naar zijn oordeel in aanmerking komen, betreft een overheidsorgaan belanghebbenden bij de voorbereiding van een beschikking.

Artikel 6

In de gevallen, die daarvoor redelijkerwijze in aanmerking komen, stelt het overheidsorgaan, voordat het een beschikking geeft, belanghebbenden in de gelegenheid hun belangen schriftelijk of mondeling naar voren te brengen.

Artikel 7

Het horen van een belanghebbende, als bedoeld in artikel 6 kan achterwege blijven:

- a. indien mag worden aangenomen, dat deze geen bezwaar heeft tegen de beschikking, die zal worden gegeven;
- b. indien het horen niet van invloed kan zijn op de beschikking ingevolge de wettelijke bepalingen, waarop de beschikking zal zijn gegrond;
- c. indien het geven van de beschikking zodanig zou worden vertraagd dat dit voor de belangen, die door de beschikking worden gediend, een onevenredig nadeel met zich mede zou brengen in verhouding tot de belangen die door het horen worden gediend;
- d. indien de belanghebbende anderszins in de gelegenheid is gesteld zijn belangen tot uitdrukking te brengen.

§ 3. Rechten van belanghebbenden

Artikel 8

Indien een overheidsorgaan belanghebbenden in de gelegenheid stelt zich te doen horen, behandelt het orgaan hen daarbij op gelijke voet.

Artikel 9

Een belanghebbende kan zich laten vertegenwoordigen en bijstaan.

Artikel 10

Indien een belanghebbende de Nederlandse taal onvoldoende beheerst of door enig gebrek onvoldoende in staat is zijn belangen naar voren te brengen, is het overheidsorgaan hem, voorzover mogelijk, daarbij behulpzaam.

Artikel 11

Een belanghebbende is gerechtigd, mits schriftelijk en behoorlijk gemotiveerd, als zijn oordeel te kennen te geven, dat een dergenen, die bij het overheidsorgaan belast zijn met het voorbereiden van de beschikking, niet onpartijdig kan handelen, omdat deze met persoonlijke belangen bij de beschikking betrokken is; in zodanig geval overweegt het orgaan of het nodig en mogelijk is de behandeling van de zaak aan een ander op te dragen.

Artikel 12

1. Met het oog op het naar voren brengen van zijn belangen, kan een belanghebbende inlichtingen of inzage van stukken vragen; het overheidsorgaan verstrekt hem die, tenzij wettelijke voorschriften of gerechtvaardigde belangen van het orgaan of van derden zich daartegen verzetten.
2. Het overheidsorgaan is niet verplicht meer inlichtingen te verschaffen of andere stukken ter inzage te geven, dan die welke voor de belanghebbende onontbeerlijk moeten worden geacht om zijn belangen naar voren te kunnen brengen.

Artikel 13

Indien, nadat belanghebbenden zijn gehoord, de beschikking niet binnen de gebruikelijke of redelijkerwijze te verwachten termijn kan worden gegeven, wordt aan de belanghebbenden, die zich met het overheidsorgaan hebben verstaan, medegedeeld op welke termijn de beschikking kan worden tegemoet gezien.

§ 4. Motivering van beschikkingen

Artikel 14

Een beschikking dient te steunen op deugdelijke motieven.

Artikel 15

Indien de beschikking geen motivering bevat, vermeldt zij de termijn, waarbinnen belanghebbenden het overheidsorgaan om een schriftelijke motivering kunnen verzoeken; deze termijn wordt niet ruimer gesteld dan de termijn, waarbinnen een bezwaarschrift kan worden ingediend of een beroep kan worden ingesteld tegen de beschikking.

Artikel 16

Het overheidsorgaan voldoet aan een verzoek als bedoeld in artikel 15 binnen dertig dagen, nadat het dit heeft ontvangen; bij niet-nakoming van deze verplichting wordt de beschikking geacht niet op deugdelijke motieven te steunen.

Artikel 17

Indien tegen een beschikking binnen een bepaalde termijn beroep kan worden ingesteld of een bezwaarschrift kan worden ingediend en een belanghebbende heeft een verzoek gedaan overeenkomstig artikel 15, vangt voor hem een nieuwe termijn aan op het moment dat het antwoord op zijn verzoek is of had moeten zijn verzonden.

§ 5. Mededeling van beschikkingen

Artikel 18

1. Een beschikking dient zodanig geformuleerd te zijn, dat de inhoud ervan redelijkerwijze door de belanghebbende tot wie de beschikking is gericht kan worden begrepen.
2. Een beschikking vermeldt tenminste:
 - a. de beslissing;
 - b. het overheidsorgaan, dat de beschikking geeft;
 - c. de datum, waarop de beschikking is gegeven;
 - d. de voorschriften, waarop de beschikking rechtstreeks steunt;
 - e. de motivering dan wel de vermelding bedoeld in artikel 15.

Artikel 19

Van een beschikking, als bedoeld in artikel 18, wordt schriftelijk kennisgegeven:

- a. aan degene tot wie de beschikking is gericht;
- b. aan de overige belanghebbenden, voorzover zij zich schriftelijk of mondeling met het overheidsorgaan hebben verstaan.

Artikel 20

Indien een beschikking aan een groot aantal belanghebbenden moet worden medegedeeld, kan met een algemene kennisgeving worden volstaan, mits deze op zodanige wijze geschiedt, dat in redelijkheid kan worden verwacht, dat de belanghebbenden erdoor worden bereikt.

Artikel 21

Bij de kennisgeving van de beschikking worden tevens vermeld het adres van het orgaan waarbij en de termijn waarbinnen daartegen een bezwaarschrift kan worden ingediend of een beroep kan worden ingesteld; indien het overheidsorgaan terzake in onzekerheid verkeert, worden alléén de wettelijke bepalingen vermeld, die met het oog op een mogelijke bezwaarschriften- of beroepsprocedure van belang zijn.

§ 6. Uitzonderingen*Artikel 22*

1. Deze wet is niet van toepassing op beschikkingen van:

- a. de wetgevende macht;
- b. de kamers der Staten-Generaal;
- c. de Algemene Rekenkamer;
- d. de stembureaus, hoofdstembureaus en centrale stembureaus;
- e. de rechterlijke macht;
- f. overige personen of colleges, geheel of ten dele met rechtspraak belast en te dien aanzien van het openbaar bestuur onafhankelijk voorzoveel het die rechtspraak betreft.

2. Onder de organen in het vorige lid genoemd, zijn — voorzover van toepassing — begrepen, de voorzitters, de leden, de commissies uit hun midden, de griffiers en de secretarissen.

Artikel 23

1. Deze wet blijft geheel of gedeeltelijk buiten toepassing ten aanzien van beschikkingen, waarvoor dat bij algemene maatregel van bestuur is bepaald.
2. De in het vorige lid bedoelde algemene maatregel van bestuur kan niet worden vastgesteld of gewijzigd dan nadat het ontwerp daarvan is overgelegd aan de beide kamers der Staten-Generaal en drie maanden sedertdien zijn verstreken.

Artikel 24

Een in deze wet geregelde verplichting behoeft niet te worden nagekomen indien en voorzover overmacht aanwezig is.

Artikel 25

Indien een algemeen verbindend voorschrift bijzondere regels bevat, waarbij aan overheidsorganen verplichtingen worden opgelegd of aan belanghebbenden rechten worden gegeven, die gelijkwaardig zijn aan of verder reiken dan de verplichtingen of rechten, waarin deze wet voorziet, gaan die bijzondere regels boven de overeenkomstige bepalingen van deze wet, tenzij bij algemeen verbindend voorschrift anders bepaald is.

§ 7. Slotbepalingen

Artikel 26

Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gegeven ter uitvoering van deze wet.

Artikel 27

Deze wet kan worden aangehaald als 'wet houdende algemene bepalingen van administratief recht' dan wel als 'wet a.b.a.r.'.

Artikel 28

Deze wet treedt in werking met ingang van een door de regering te bepalen dag.

LIJST VAN AFKORTINGEN

AA	Ars Aequi
ADJA	L'actualité juridique - Droit Administratif
Annalen	Annalen der Rechtsgeleerdheid Staatswetenschappen - Annales de Droit et des Sciences Politiques (tot 1954)
Ann. dr. sc. pol.	Annales de droit et de sciences politiques (vanaf 1954)
Ann. fac.dr.Liège	Annales de la faculté de droit de Liège
Ann. Not.	Annales du Notariat et de l'Enregistrement
Arresten	Arresten van het Hof van Cassatie
B.J.	La Belgique Judiciaire
B.S.	Belgisch Staatsblad
B.W.	Burgerlijk Wetboek
D... J...	Recueil Dalloz Hebdomadaire, Jurisprudence
Doc.	Parlementaire Documenten
Et. doc. C.E.	Conseil d'Etat - Etudes et documents (Frankrijk)
FOIA	Freedom of Information Act
Hand.	Parlementaire Handelingen
JCP	Jurisclasseur Périodique
J.T.	Journal des Tribunaux
Jur. Liège	Jurisprudence de la Cour d'Appel de Liège et de son ressort
Mouv. Comm.	Mouvement communal
MvT.	Memorie van Toelichting
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJ.AB	Nederlandse Jurisprudentie - Administratiefrechtelijke beslissingen
NJB	Nederlands Juristenblad
Pas	Pasicrisie belge
Pas. fr.	Pasicrisie française
RCJB	Revue critique de jurisprudence belge
RDP	Recueil Dalloz Périodique
Rec. gén. Rec	Recueil général de l'enregistrement et du notariat
Rev.	Revue de l'administration et du droit administratif de la Belgique

Rev. dr. public	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RGAR	Revue générale des assurances et des responsabilités
RII	Res et iura immobilia
RJDA	Recueil de jurisprudence du droit administratif et du Conseil d'Etat
R.W.	Rechtskundig Weekblad
S. Ct.	Supreme Court
Stat.	Statutes (Verenigde Staten)
T. Not.	Tijdschrift voor Notarissen
TBP.	Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht
TPR	Tijdschrift voor Privaatrecht
TvA	Tijdschrift voor Aannemingsrecht. L'Entreprise et le Droit
TvO	Tijdschrift voor Overheidsadministratie (Nederland)
T. Vred.	Tijdschrift van de Vrederechters
USC	United States Codes
Wet R.O.	Wet van 29 maart 1962 op de ruimtelijke ordening en de stedenbouw, zoals gewijzigd
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie vanaf 1975: Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie.

BIBLIOGRAFIE

Werken van algemene strekking werden niet in de lijst opgenomen.

I. Werken en monografieën

II. Preadviezen, rapporten, artikels, noten, conclusies

I. *Werken en monografieën*

- BOURQUIN, M., La protection des droits individuels contre les abus de pouvoir de l'autorité administrative en Belgique, Brussel, Bruylant, 1912.
- BRASZ e.a. Inleiding tot de bestuurswetenschap, 's Gravenhage, VUGA, 1969.
- BUTTGENBACH, Manuel du droit administratif, 2 delen, Brussel, Larcier, 3e uitgave, 1966.
- CAMBIER Cyr, La responsabilité de la puissance publique et de ses agents, Brussel, Larcier, 1947.
- La censure de l'excès de pouvoir par le Conseil d'Etat, Brussel, Larcier, 1956.
- Principes du contentieux administratif, 2 delen, Brussel, Larcier, 1961.
- CARRE DE MALBERG, Contributions à la théorie générale de l'Etat, Paris, Sirey, 1922.
- CRINCE LE ROY, De Vierde Macht, 's Gravenhage, VUGA-boekerij, 1969.
- DABIN, J., Le droit subjectif, Parijs, Dalloz, 1952.
- DAVIS, K.C., Administrative discretion. A preliminary inquiry. Urbana, University of Illinois Press, 1971.
- DENYS, M., De overheidsaansprakelijkheid bij verplichte vaccinatie, Brussel, Interuniversitair Centrum voor Staatsrecht, 1968.
- DE SMITH, S.A. Judicial review of administrative action, Londen, Stevens and Sons Ltd., 2e uitgave, 1968.
- DE SURAY, J., Droit de l'urbanisme et de l'environnement, 2 delen, Brussel, Bruylant, 1974.
- DEVOLVE, Le principe d'égalité devant les charges publiques, Parijs, L.G.D.J., 1969.

- DOUENCE, Le pouvoir réglementaire de l'administration, Parijs, L.G.D.J., 1968.
- FETTWEIS, Handboek voor Gerechtelijk Recht, Antwerpen, S.W.U., 1971.
- GARNER, J.F., Administrative Law, Londen, Butterworth, 3e uitgave, 1970.
- GIRON, A., Dictionnaire de droit administratif et de droit public, Brussel, Bruylant, 1896.
- Le droit administratif de la Belgique, 2 delen, Brussel, Bruylant, 2e uitgave, 1885.
- HAMBYE, J. e.a., L'aménagement du territoire et l'urbanisme, Brussel, Larcier, 1972.
- Hearings before the subcommittee on intergovernmental relations of the committee on government operations, and the subcommittees on separation of powers and administrative practice and procedure of the committee on the judiciary. Volume III. (Appendix), United States Senate, first session of the ninety-third Congress, Washington, Government Printing Office, 1973.
- ISAAC, G., La procédure administrative non-contentieuse, Paris, L.G.D.J., 1968.
- JEANNEAU, B., Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, Paris, Sirey, 1954.
- KIRCHHEINER, H.H., Ombudsman en democratie, Alphen a/d Rijn, Samson N.V., 1971.
- KLINKERS, L.E.M., Openbaarheid van bestuur, 's-Gravenhage, VUGA-boekerij, 1974.
- LE JEUNE, J., Du droit des tribunaux de vérifier la légalité des actes administratifs, Brussel, Librairie Polytechnique d'Aug. Decq, 1857.
- LENAERTS, H., De burgerlijke, politieke en administratieve rechten in de bevoegdheidsregeling naar Belgisch recht, Antwerpen, De Sikkel, 1958.
- Inrichtingen, in: Administratief Lexicon.
- Administratieve rechtscolleges, in: Administratief Lexicon.
- MACAR, Les institutions communales in: Les Nouvelles, Lois politiques et administratives, T.I.
- MAST, A., Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht, Gent, Story Scientia, 1963.
- De geschillen van bestuur, Brussel, Larcier, 1946.
- Overzicht van het Belgisch administratief recht, Gent, Story Scientia, vijfde uitgave, 1973.
- MESTRE, A., Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'Administration, Paris, L.G.D.J., 1974.

- MONTESQUIEU, L'esprit des lois. Introduction et notes par J. Ehrard, Paris, Editions sociales, 1969.
- MONTIGNY, L., Police des établissements dangereux, insalubres ou incommodes, Gent, J. Vuylsteke, 1887.
- NUYTS, R., De gevaarlijke, ongezonde of hinderlijke bedrijven, Brugge, Vanden Broele, 1970 (met bijwerkingen).
- PRAKKE, L., Toetsing in het publiek recht, Assen, Van Gorcum en Zn., 1972.
- RENARD, T., De parlementaire ombudsman, Antwerpen, S.W.U., 1975.
- SAROT, J., Répertoire des arrêts et avis du Conseil d'Etat 1954-1958, Brussel, Bruylant, 1962.
- SENELLE R. en VANDEN BORRE Ph., Ruimtelijke ordening en stedebouw, Brugge, Die Keure, losbladige uitgave.
- SUETENS, L.P., Ruimtelijke Ordening. Recht en Praktijk Serie Monografieën Leefmilieu Nu, Antwerpen/Utrecht, De Nederlandsche Boekhandel, volledig herwerkte uitgave, 1973.
- TOURDIAS, M., Le sursis à l'exécution des décisions administratives, Paris, L.G.D.J., 1957.
- VAN HAERSOLTE R.A.V., Inleiding tot het Nederlandse Staatsrecht, Zwolle, Tjeenk Willink, 1963.
- VAN LENNEP, R., Handboek voor het burgerlijk procesrecht, Leuven, De Vlaamse drukkerij, 1959.
- VAN POELJE e.a., Nederlands bestuursrecht, Alphen a/d Rijn, Samson N.V., 1962.
- VAN ROOSMALEN M.M., Algemene beginselen van behoorlijk bestuur, Alphen a/d Rijn, N. Samson N.V., 1970.
- VAN WIJK, H.D., Voortgaande terugtred, Alphen a/d Rijn, Samson N.V., 1959.
- VAN WIJNBERGEN S.F.L., Openbaarheid van overheidsdocumenten, Diërsrede Nijmegen 1968, Alphen a/d Rijn, Samson N.V., 1968.
- VELGE, H., La loi du 23 décembre 1946 instituant un Conseil d'Etat en Belgique, Brussel, Bruylant, 1947.
- VILE, M.J.C., Constitutionalism and the separation of Powers, Oxford, University Press, 1969.
- WASTIELS, F., Administratieve handleiding van de ruimtelijke ordening en de stedebouw, Heule, UGA, losbladige uitgave.
- WODON, Le contrôle juridictionnel de l'administration et la responsabilité des services publics en Belgique, Brussel, Maurice Lamertin, 1920.
- ZONDERLAND, P., Het kort geding, in het bijzonder tegen de overheid, Zwolle, Tjeenk Willink, 2e uitgave, 1972.

II. Preadviezen, rapporten, artikels, noten, conclusies

- ALEN, A., Noot onder Raad van State, 15 maart 1974, R.W., 1974-1975, 353-367.
- ANDERSEN, R., L'égalité des citoyens devant la loi dans la jurisprudence du Conseil d'Etat statuant au contentieux de l'annulation, R.J.D.A., 1973, 81-96.
- BARTHOLOME, Th., Quelques réflexions sur l'administration consultative, Annales de la Faculté de droit de Liège, 1958, 41-48.
- BEKKER, R., Preventieve rechtsbescherming, Ars Aequi, 1971, 1-10.
- BELINFANTE, Openbaarheid in de planning
in: Hoe openbaar wordt ons bestuur?, 's-Gravenhage, VUCA-boekerij, 1969, 181-197.

Recensie van "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative" van Benoît Jeanneau, Bestuurswetenschappen, 1955, 203-209.
- BERNARD, A., Conclusies voor Conseil d'Etat fr., 26 oktober 1973, sieur Grassin, AJDA, 1974, 34-38.
- BLANQUAERT, G., Enkele bedenkingen bij de wet van 22 december 1970 tot wijziging van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en de stedenbouw, De Gemeente, 1971, p. 134-143.
- BOCKEN, H., Noot onder Hof van Beroep Gent, 31 december 1963 T.v.A., 1973, 231-243.
- BOES, M., Enige beschouwingen over de ontvankelijkheidsvereisten van een verzoekschrift bij de Europese Commissie van de Rechten van de Mens, T.B.P., 1973, 155-172.

De notariële verkoopakte in verband met de wet op de ruimtelijke ordening en de stedenbouw en met de wet van 9 juli 1971, T. Not., 1973, 145-160 en 177-203.
- BOLAND, Advies voor Raad van State, 12 mei 1960, n° 7842, R.J.D.A., 1960, 163-164.
- BORST, Marginale toetsing, W.P.N.R., 1962, p. 4735-4737; 1969, 5024-5027.
- BOULANGER, J., Principes généraux du droit et droit positif
in: Le droit privé français au milieu du XIXe siècle. Etudes offertes à Georges Ripert, Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1950, t. I, 51-74.
- BRAIBANT, G., L'arrêt "Syndicat général des ingénieurs-conseils" et la théorie des principes généraux du droit, Et. doc. C.E., 1962, 67-71.
- BUCH, H., A propos des principes généraux dans l'élaboration jurisprudentielle des actes administratifs, in: Miscellanea Ganshof van der Meersch, Brussel, Bruylant, 1972, t. III, p. 417-434.

- BUCH, H. en DUMONT, M., La procédure d'élaboration des actes des autorités administratives, RJDA, 1964, 242-254.
- BUCH, ., De administratieve procedure in België, TBP, 1970, 3-19.
- La notion d'égalité dans les principes généraux du droit, in: L'égalité V.I., Brussel, Bruylant, 1971, p. 196-225.
- BURKENS M.C. en KOCKEN, E., Openheid en openbaarheid van bestuur. Preadvies, Bestuurswetenschappen, 1969, 181-237.
- BUTTGENBACH et DEMBOUR, Nature du lien juridique unissant les administrations publiques et leurs agents, RJDA, 1958, 1-12.
- CAMBIER, Cyr, Noot onder Vredegerecht Ukkel, 22 juni 1956, J.T., 1956, 480.
- Le pouvoir discretionnaire et le contrôle de la légalité, J.T., 1952, 651-654.
- Le contrôle de la légalité interne des actes de l'administration, J.T., 1955, 69-74.
- Un conflit d'attribution, J.T., 1959, 53-58.
- CLEYMANS F. en UYTTERSROT, J., Het recht op schadeloosstelling bij onrechtmatige voorhechtenis, R.W., 1969-1970, 1313-1322.
- CLOSSET Ch.-L., Le statut de la fonction publique depuis la réforme de 1964, Rev. adm. 1965, 173-186.
- Commissie heroriëntatie overheidsvoorlichting (Commissie Biesheuvel)
Rapport, Staatsuitgeverij (Nl.).
- Commissie inzake algemene bepalingen van administratief recht, Algemene bepalingen van administratief recht, derde bijgewerkte druk, Haarlem, Tjeenk Willink en zn., 1967.
- CORNIL, La Cour de Cassation. Considérations sur sa mission. Mercuriale, 15 september 1950, J.T., 1950, 489-498.
- CRABBE, V., Noot onder Raad van State, 12 december 1957, RJDA, 1958, 124-128.
- DABIN, J., La délimitation du concept de droit subjectif, Ann. dr. sc. pol., 1960, 317-374.
- DABIN, J., Noot onder Hof van Cassatie, 7 maart 1963, RCJB, 1963, 96-115.
- DEBAEDTS, F., Noot onder Vredegerecht Deinze, 8 maart 1956 en Rechtbank Gent, 21 juni 1957, R.W., 1963-1964, 876-885.
- Pseudo-wetgeving. Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland, 1966, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1966.
- DECUYPER, Conclusies voor Hof van Cassatie, 25 juni 1840, Pas., 1839-1840, 410-416.
- DE GOEDE, B., Openbaarheid bij gemeente, provincie en wetenschap, in: Hoe openbaar wordt ons bestuur? 's-Gravenhage, VUGA-boekerij, 1969, 112-162.

- DELATTE, J.R. Le retrait des actes administratifs individuels, Ann. fac. dr. Liège, 1965, 93-116.
- DE LEEUW, A., Een nieuwe wet op de ruilverkaveling van landbouwgronden, TPR, 1971, 175-186.
- DE LEYE, O., Aantekeningen bij het arrest van de Raad van State n° 8284 van 20 december 1960, inzake Diliën, TBP, 1961, 483-486.
- DELNOY, P., Bilan critique des dispositions concernant la réorganisation du facteur-terre dans l'exploitation agricole belge, Ann. fac. dr. Liège, 1971, 407-525.
- DELVA, J., Het rechtstreeks bestrijden van overheidsdaden voor de burgerlijke rechtscolleges, TPR, 1967, 383-501.
- Evolutie van de rechtspraak inzake overheidsaansprakelijkheid, TBP, 1969, 67-102.
- DE MEY, Het recht op informatie van de burger in: Hoe openbaar wordt ons bestuur? 's-Gravenhage, VUGA-boekerij, 1969, 216-242.
- DE MEYER, J., Noot onder Hof van Cassatie, 3 mei 1974, R.W., 1974-1975, 77-108.
- Over de legitimiteit van de besluitwetten van de oorlogsregeringen in 1914-1918 en in 1940-1944, Liber Amicorum August De Schrijver, 1968, 296-304.
- DENYS, M., Vijftig jaar later. De evolutie van de overheidsaansprakelijkheid in België en in het communautaire recht, R.W., 1970-1971, 825-834.
- DEPOND, A., Noot onder Raad van State, 24 maart 1955, TBP, 1955, 245.
- DEROCHE, H., Les mythes administratifs, Paris, PUF, 1966.
- DE SWAAN, Geheimhouding van de openbare zaak, Gids, 1966, n° 6, 9 e.v.
- DE VISSCHER, P., Noot onder Raad van State, 26 augustus 1949, n° 115, RJDA, 1949, 198-201.
- Noot onder Hof van Cassatie, 4 maart 1942, RJDA, 1946, 22-27.
- DE VISSCHERE, F., De controle van de burgerlijke rechter op de handelingen van het bestuur, Jaarboek Vlaams Rechtsgenootschap Leuven, 1960, 63-91.
- De motivering van de administratieve beslissingen en de rechtspraak van de Raad van State, Annalen van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid en van Politieke Wetenschappen, 1951, 251-283.
- Steeds op zoek naar het "politiek" recht, TBP, 1958, 215-220.
- Burgerlijke en politieke rechten in de jongste rechtspraak en wetgeving, TBP, 1960, 3-18.

- DEWALLE, P., L'abrogation des actes administratifs unilatéraux, Ann. fac. dr. Liège, 1970, 63-141.
- DONNAY, M., Opmerkingen onder Raad van State, 8 augustus 1972, Rec. gén., 1974, 104-117, n° 21776.
- DREYFUS, F., Les limitations du pouvoir discrétionnaire par l'application du principe de la proportionnalité, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1974, 691-719.
- DUMON, F., De scheiding van staatsmachten, the rule of law and the supremacy of parliament in het grondwettelijk recht van Groot-Britannië. Vergelijkingen. In: Liber Amicorum René-Victor, 445-472.
- Conclusies voor Hof van Cassatie, 12 mei 1961, Pas., 1961, I, 969-981.
- Conclusies voor Hof van Cassatie, 23 april 1971, Arresten, 1971, 786-816.
- DUMONT, M., La jurisprudence du Conseil d'Etat sur la rétroactivité des actes administratifs, RJDA, 1957, 182-188.
- Verslag voor Raad van State, 12 december 1957, RJDA, 1958, 124-128.
- DUYNSTEE, Openbaarheid van de werkzaamheden der kamers, in: Hoe openbaar wordt ons bestuur?, 's-Gravenhage, VUGA-boekerij, 1969, 41-74.
- FAVRESSE, J.M., COURTOY P. en VERMEULEN-MALCHAIR, M., La participation des particuliers aux tâches administratives in: Rapports belges au VIIIe Congrès international de droit comparé, Bruxelles, C.I.D.C., 1970, p. 628-668.
- FLAMME, M.A., Service publique et puissance publique, in: Miscellanea Ganshof van der Meersch, Brussel, Bruylant, 1973, t. III, 487-491.
- Vers la codification de la procédure administrative, Rev. adm., 1970, 221-244.
- Noot onder Raad van State, 18 januari 1974, T.v.A., 1974, 31-43.
- Les établissements dangereux face à l'administration et aux voisins, in: L'entreprise dans la cité, 's-Gravenhage, Nijhoff, 1967, 232-290.
- La responsabilité personnelle des fonctionnaires, Rev. adm., 1968, 77-120.
- Pour un contrôle juridictionnel plus efficace de l'administration, J.T., 1972, 417-423 en 439-443.
- FOURNIER Conclusions onder Conseil d'Etat, 26 juin 1959, Syndicat général des ingénieurs-conseils, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1959, 1004-1017.

- FRANC et BOYON, Promulgation des lois. Publication des actes réglementaires, AJDA, 1974, 192-197.
- GANSHOF VAN DER MEERSCH, Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit, J.T., 1970, 557-573 en 581-596.
- Beschouwingen over de herziening van de Grondwet. Mercuriale voor het Hof van Cassatie, 1 september 1972, R.W., 1972-1973, 433-483.
- Le droit de la défense, principe général de droit. Réflexions sur des arrêts récents, Mélanges Jean Dabin, II, 596-614.
- Existe-il des droits administratifs et sociaux distincts des droits politiques et dépourvus des garanties constitutionnelles?, J.T., 1957, 49-62.
- Conclusies voor Hof van Cassatie, 10 juli 1953, Pas., 1953, I, 914-924.
- Conclusies voor Hof van Cassatie, 21 december 1956, Pas., 1957, I, 431-465.
- Conclusies voor Hof van Cassatie, 16 december 1965, Pas., 1966, I, 513-527.
- Conclusies voor Hof van Cassatie, 27 mei 1971, Pas., 1971, I, 886-914.
- Conclusies voor Hof van Cassatie, 3 maart 1972, Arresten 1972, 606-617; R.W., 1971-1972, 1633-1646.
- GENOT, Conclusies voor Conseil d'Etat fr., Assemblée, 27 november 1970, R.D.P., 1971, 987-1006.
- GOFFIN, L., De la non-rétroactivité des actes administratifs, J.T., 1952, 297-299.
- GOOSSENS, Ch., Noot onder Hof van Cassatie, 16 december 1965, RCJB, 1969, 305-339.
- GREGOIRE, A., Expropriations. Procédures. Res et iura immobilia, 1973, 281-284.
- GYSELINCK, J.M., Le certificat d'urbanisme. Ann. Not., 1966, 249-260.
- HAYOIT de THERMICOURT, Un aspect du droit de la défense, Mercuriale voor het Hof van Cassatie, 1956, Revue de droit pénal et de criminologie, 1956-1957, 243-268.
- Conclusies voor het Hof van Cassatie, 4 maart 1942, Arresten, 1942, 24-26.
- Conclusies voor Hof van Cassatie, 9 oktober 1959, Pas., 1960, I, 170-172.
- HOEFFLER, Advies voor Raad van State, 14 november 1966, n° 12061, De Gemeente, 1967, 181-192.
- HOLMGREN, K., Regering en administratie van Zweden, TBP, 1972, 306-311.
- HOUTEKIER, A., De bevoegdheidsregeling tussen Raad van State en Rechterlijke Macht, in: Etudes en hommage à René Marcq, Brussel, Larcier, 1957, 51-76.

- HUBERLANT, Ch., Le droit administratif belge comprend-il des principes généraux non-écrits? in: Mélanges Jean Dabin, Brussel, Bruylant, 1963, t. II, p. 661-690.
- Le Conseil d'Etat et les compétences spéciales attribuées au pouvoir judiciaire, J.T., 1953, 577-583.
- La situation juridique du personnel des institutions-parastatales, RJDA, 1960, 240-262.
- Verslag en advies voor Raad van State, 24 juni 1966, n° 11907, RJDA, 1966, 213-215.
- Noot onder Hof van Cassatie, 3 maart 1972, RCJB, 1972, 431-472.
- INGEBER, L., A propos de l'égalité dans la jurisprudence belge in: L'égalité, V.I., Brussel, Bruylant 1971, 3-35.
- IN 'T VELD, J., Algemene bepalingen van administratief recht. Geschrift LXI van de Vereniging voor administratief recht, Haarlem, Tjeenk Willink en Zn., 1968.
- G.A. IRWIN, ANDEWEG, R.B., BRAAK W., Waarheen, waarvoor, voor wie? Contacten van de burger met de lokale overheid. Bestuurswetenschappen, 1974, 3-18.
- J... K... Noot onder Conseil d'Etat fr., 26 oktober 1973, sieur Grassin, AJDA, 1974, 34-38.
- KAN, Openbaarheid van de rapporten van de vaste colleges van advies en bijstand aan de regering, in: Hoe openbaar wordt ons bestuur?, 's-Gravenhage, VUGA-boekerij, 1969; 92-111.
- KLUYSKENS, J.M., Noot onder Raad van State, 28 oktober 1949, n° 148, TBP, 1950, 182-186.
- LAMBRECHTS, W., Een kwarteeuw rechtspraak van de Raad van State, rechtsvergelijkend beschouwd, Antwerpen, VOHIBA, 1974, 23-37.
- LAMPUE, La notion d'acte juridictionnel, RDP, 1946, 5-67
- LANGROD, Procédure administrative et droit administratif, Revue internationale des sciences administratives, 1956, n° 3, 5-94.
- LECLERCQ, M., Mercuriale bij het Hof van Cassatie, 15 oktober 1870, Pas. 1871, I, I-XXIII.
- Conclusies voor Hof van Cassatie, 20 september 1850, Pas. 1850, I, 460-464.
- Conclusies voor Hof van Cassatie, 24 oktober 1866, Pas. 1867, I, 11-20.
- LECLERCQ, P., Conclusies voor Hof van Cassatie, 5 november 1920, Pas., 1920, I, 193-239.
- Noot onder Hof van Cassatie, 27 september 1928, Pas., 1928, I, 232-234.
- Noot onder Hof van Cassatie, 11 mei 1933, Pas., 1933, I, 223-230.

- Noot onder Hof van Cassatie, 11 juli 1935, Pas., 1935, 321-330.
- LENAERTS, H., De administratieve rechtscolleges en de artikelen 96 en 97 van de Grondwet, TBP, 1957, 276-279.
- La législation sur les établissements dangereux, insalubres et incommodes, Le Mouvement Communal, 1968, 635-642 en 696-714.
- Verslag en advies voor Raad van State, 4 oktober 1960, N° 8107, De Gemeente, 1961, 155-158.
- Recente rechtspraak van het Hof van Cassatie. Over burgerlijke en politieke rechten, R.W., 1958-1959, 193-204.
- LESPES, J., La codification des principes généraux du droit administratif, Revue internationale des sciences administratives, 1950, 36-42.
- LETOURNEUR, M., Les "principes généraux du droit" dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, Et. doc. C.E., 1951, 19-31.
- La motivation des actes administratifs, TBP, 1970, 421-425.
- MAHAUX, P., Conclusies voor Hof van Cassatie, 29 april 1960, Pas., 1960, I, 1000-1004.
- MAROY, P., L'application des principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative. Rapport aux Journées Administratives de 1961. Uitgave Instituut voor Bestuurswetenschappen, 1961, 83-142.
- MASQUELIN, Noot onder Hof van Beroep Brussel, 1 juli 1952, J.T., 1953, 39-41.
- MAST, A., Les fondements constitutionnels de la juridiction administrative, RJDA, 1956, 81-94.
- Noot onder Vrederecht Deinze, 8 maart 1956 en Rechtbank Gent, 21 juni 1957, RCJB, 1964, 57-66.
- De geest en de methode van een grondwetsherziening, TBP, 1953, 75-84.
- MERTENS, J., Noot onder Raad van State, 28 oktober 1949, n° 148 TBP, 1950, 126-131.
- MERTENS de WILMARS, J., Verleden en toekomst van de bestuurlijke voogdij, TBP, 1963, 6-9.
- MODERNE, F., Noot onder Conseil d'Etat fr., Assemblée, 27 november 1970, J.C.P., 1971, II, 16757.
- MORANGE, Noot onder Conseil d'Etat, D 1946, J., 158-160.
- Le principe des droits de la défense devant l'administration active, Dalloz, 1956, Chron., 121-126.
- MULLER-GINDULLIS, D., Ausschluss der Öffentlichkeit zum Schutz der Privatsphäre, Neue Juristische Wochenschrift, 26 Jahrgang, 28. Heft, 10 Juli 1973.

- ODENT, R., Les droits de la défense, Et. doc. C. d'E., 1953, 55-65.
- De la décision Trompier-Gravier à la décision Garysas. Réflexions sur une évolution de jurisprudence. Et. doc. C. E., 1962, 43-49.
- Le Conseil d'Etat français devant les principes généraux du droit, TBP, 1970, 460-466.
- Conclusions sous Conseil d'Etat, sieur Aramu, 26 octobre 1945, Doc. Et. C. E., 1947, 48-56.
- Conclusions sous Conseil d'Etat, 5 avril 1946, sieur Bianquis, Doc. Et. C. E., 1947, 56-68.
- PEREMANS, R., De intrekking van de administratieve overheid van de door haar uitgereikte bouw- en verkavelingsvergunningen, T.v.A., 1974, 176-196.
- PERIN, F., Faut-il reviser l'article 93 de la Constitution?, J.T., 1957, 141-144.
- Noot onder Raad van State, 26 augustus 1949, n° 115, Rev. adm., 1949, 245-254.
- PRAKKE, L., Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en marginale toetsing. Ars Aequi, XV, 1966, 278-288.
- A.R. Iets over ombudsman. Zweden, Bestuurswetenschappen, 1974, 175-176.
- RAIKEM, Des conflits, B.J., 2e année, 7 décembre 1843, 17-24.
- REMION, F., La motivation des actes administratifs en droit belge: in: Rapports au VIIIe Congrès International de droit comparé, Bruxelles, C.I.D.C., 1970, 669-689.
- RIMANQUE, K., Overwegingen naar aanleiding van het cassatiearrest van 3 mei 1974 inzake Lecompte tegen de orde der geneesheren, TBP, 1974, 255-271.
- RIVERO, J., Le juge administratif français: un juge qui gouverne? D. 1951, Chron. 21-24.
- RONSE, J., La notion de dommage: lésion d'intérêt, RCJB, 1957, 99-115.
- ROSENBLUM, V., On Davis on confining, structuring and checking administrative discretion, Law and the contemporary problems, School of Law, Duke University, Vol. 37 (1972), 49-62.
- RIJPPERDA WIERSMA, J.V., Le développement du contentieux administratif aux Pays-Bas, Ann. Fac. Dr. Liège, 1960, 25-38.
- SAROT, J., Réflexions à propos du statut des agents de l'Etat, Rev. adm., 1969, 173-186.
- SCAILTEUR, C., Noot onder Rechtbank Antwerpen, 20 juni 1968, Rec. gén., 1968, 387-392.
- SCHOLTEN, P., Rechtsbeginselen in: Verzamelde geschriften van wijlen Prof. Mr. P. Scholten, deel I., Zwolle, 1949, 395-412.

- SIMONS, D., De ontwikkeling van de rechtsbescherming tegen de overheid, in: Honderd jaar rechtsleven, Zwolle, Tjeenk Willink, 1970, 237-257.
- SOMERHAUSEN, M., De Raad van State en de algemene beginselen van het administratief recht, TPB, 1970, 481-487.
Les principes généraux du droit administratif in: Perspectivas del Derecho Publico en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagués-Laso, Madrid, 1969, Deel IV, 465-490.
- STEENBEEK, Welke beginselen betreffende de openbaarheid van vergadering en toegankelijkheid ten grondslag liggen aan de wettelijke regelingen op het stuk van de openbare diensten?
Preadvies Nederlandse Juristenvereniging 1970, Handelingen van de Vereniging, deel I, eerste stuk, 37-78, Zwolle, Tjeenk Willink, 1970.
Openbaarheid van adviezen en rapporten van amtbenaren in: Hoe openbaar wordt ons bestuur? 's-Gravenhage, VUGA-boekerij, 1969, 163-180.
- STELLINGA, Noot onder Koninklijk Besluit (Nederland) van 14 maart 1973, N.J./A.B., 1973, n° 108.
Noot onder Koninklijk Besluit van 13 juni 1973, N.J./A.B., 1973, n° 226.
- STEMPELS, Openbaarheid en pers in: Hoe openbaar wordt ons bestuur?, 's-Gravenhage, VUGA-boekerij, 1969, 198-215.
- SUETENS, L.P., Algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het Belgisch administratief recht, TBP, 1970, 379-396.
Noot onder Raad van State, 22 oktober 1974, n° 16.686, R.W. 1974-1975, 1250-1254.
Burger en Bestuur. Preadvies voor de Administratieve dagen van 1972, Bestuurswetenschappen, 1972, 171-203.
- SUR S., Sur l'obligation de motiver formellement les actes administratifs, AJDA, 1974, 349-367.
- THOMAS, J., De leesbaarheid van de administratieve taal, TBP, 1964, 39-43.
- VAN ALSENOY, K., Noot onder Rb. Brussel, 16 juni 1971, T.v.A. 1972, 160-167.
- VAN ASSCHE, W., De retroactiviteit van de administratieve akten, TBP, 1950, 107-113.
- VAN BANNING, J., De belangrijkheid van de factor tijd in het bestuur, T.V.O., 1973, 161-162.
- VAN BUNNEN, G., De la publicité à donner aux arrêtés royaux et ministériels, RJDA, 1971, 249-263.
- VAN DER FLIER, Openbaarheid van overheidsdocumenten. De Nederlandse Gemeente, 1969, 85.

- VAN DER GRINTEN, W., Marginale toetsing, in: Op de grenzen van komend recht, 109-123. Opstellen aangeboden aan prof. Mr. J.A. Beekhuis, Tjeenk Willink, Zwolle en Kluwer Deventer, 1969.
- VAN DER HORST Th. en VAN DE POEL, J., De toepassing van de algemene recht-beginselen in de administratieve jurisprudentie. Pre-advies voor de Administratieve Dagen van 1961. Uitgave Instituut voor Bestuurswetenschappen, 1961, 5-82.
- VANDER STICHTELE, A., Noot onder Raad van State, 24 november 1951, n° 1177 en Raad van State, 30 november 1951, n° 1187, TBP, 1952, 68-70.
- De openbaarheid van de administratie en het recht op informatie. Preadvies voor de administratieve dagen van 1969. Bestuurswetenschappen, 1969, 161-180.
- Het gebruik der talen inzake verordeningen, TBP, 1964, 155-162.
- VAN DRIESSCHE, E., Doet de administratie de rechterlijke beslissingen ge-weld aan? TBP, 1967, 220-224.
- Over rechtscolleges en de uitoefening van de juris-dictionele functie, TBP, 1967, 153-159.
- VAN HAECKE, R., Onpartijdigheid en objectiviteit van adviserende orga-nen in tuchtzaken, Tijdschrift voor Bestuurswetenschap-pen en Publiekrecht, 1969, 52-55.
- VAN HOVE, E., Les modifications à la loi du 29 mars 1962, Rev. not., 1971, 70-126.
- VAN MAARSEVEEN, H., Openbaarheid als staatsrechtelijk beginsel in: Hoe openbaar wordt ons bestuur? 's-Gravenhage, VUGA-boekerij, 1969, 1-13.
- Openbaarheid van de besluitvorming in de Ministerraad, in: Hoe openbaar wordt ons bestuur, 's-Gravenhage, VUGA-boekerij, 1969, 75-91.
- VANWELKENHUYZEN, A., L'attribution de pouvoirs spéciaux et le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, J.T., 1974, 577-584 en 597-608.
- VERMEULEN, P., Etablissements dangereux, insalubres ou incommodes. Demandes d'autorisation en vue de leur exploitation. Décision de la députation permanente statuant en appel. Nature de ces décisions, Revue adm., 1953, 53-62.
- VLIBERGH, Noot onder Raad van State, 9 februari 1956, n° 4948, TBP, 1956, 200-202.
- VRANCKX, A., Iedereen wordt geacht de wet te kennen, R.W., 1955-1956, 1217-1226.
- WASTIELS, F., Noot onder Raad van State, 14 november 1966, n° 12061, De Gemeente, 1967, 194-195.
- Noot onder Raad van State, 11 december 1973, n° 16159, De Gemeente, 1974, 301-305.
- WIARDA G. en SAMKALDEN, I., Algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Geschriften van de Vereniging voor administratief recht, XXIV (1952).

- WIARDA, G., Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het Nederlandse recht, TBP, 1970, 365-378.
- WIARDA, Mr. J., De toenemende invloed van algemene ongeschreven rechtsprincipes als goede trouw, billijkheid, betamelijkheid, verkeersopvatting, enz. in: Op de grenzen van komend recht. Opstellen aangeboden aan prof. Mr. J.H. Beekhuis, 313-328, Tjeenk Willink, Zwolle, Kluwer, Deventer 1969.